This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google™ books

https://books.google.com

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

DE METER
BOEKBINDER-RELIEUR
TICHELRIJ, 13.
GENT

UNIVERSIT

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Rheinisches Museum

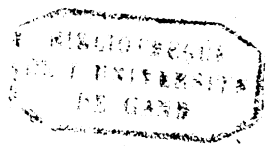
für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

Blume, Böcking, Hollweg, Puchta,
Puggé und Unterholzner.



Erster Band.

Göttingen,
in der Dieterichschen Buchhandlung.
1833.

Digitized by Google

134 O. 8

Digitized by Google

Neues
Rheinisches Museum
für
Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

Blume, Böcking, Hollweg, Puchta,
Puggé und Unterholzner.

Fünfter Band.

Göttingen,
in der Dieterichschen Buchhandlung.
1833.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt des ersten Bandes.

I. Zur Lehre vom s. g. bonitarischen Eigenthum, von Unterholzner. . . . . S. 1

II. Zur Lehre von der pro herede usucapio, von Demselben. . . . . S. 26

III. Ueber den Besizerwerb eines Kindes, von Puchta. . . . . S. 33

IV. Ueber das pactum reseruati dominii, von Herrn Dr. Duncker in Göttingen. . . . S. 65

V. Miszellen. Von Blume. . . . . S. 119

VI. Ueber das s. g. Citirgesez vom J. 426. Von Puchta. Mit einem Nachtrage von Blume. S. 141

VII. Ueber das pactum reseruati dominii. (Beschluß von Num. IV.) Von Herrn Dr. Duncker in Göttingen. . . . . S. 160

VIII. Etymologische Erörterungen von Rechtsausdrücken. Von Herrn H. R. Otfried Müller in Göttingen. . . . . S. 190

IX. Ueber die Catonianische Regel. Von Herrn Dr. Arndts in Bonn. . . . . S. 204

Digitized by Google

X. Zwei Nachträge zu Num. V. Von Blume. S. 255
XI. Ueber den solutionis causa adiectus. Von Herrn Dr. Brandis in Marburg. . . S. 257
XII. Ueber den der Rede pro Q. Roscio Comoedo zu Grunde liegenden Rechtsfall. Von Puchta. . . . . S. 316
XIII. Frontinus de controuersiis agrorum, mit seinen Commentatoren Aggenus Vrbicus und Pseudo-Simplicius. Von Blume. S. 329

Digitized by Google

Das Rheinische Museum ward von Niebuhr und Hasse gemeinsam für Philologie und Jurisprudenz gegründet, um die von Alters her bestehende innige Verwandschaft beider Wissenschaften auch äusserlich in einer bestimmten Form hervortreten zu lassen. Keine von ihnen solte dadurch in ihrer vollständigen Entwickelung beschränkt, wohl aber das beiden gemeinsame Gebiet mit vorzüglichem Eifer angebauet werden. So hatte nun diese Zeitschrift bis zum vierten Jahrgange in zwei ebenmäßig fortschreitenden Hälften bestanden, als der Tod uns fast gleichzeitig beider Männer beraubte, welche nicht nur die Gründer, sondern bis dahin auch die Hauptträger des Unternehmens gewesen waren.

Die juristische Hälfte des Rheinischen Museums soll nunmehr in der nämlichen Richtung fortgesezt werden. Es ist wenigstens kein übereilter Entschluß, den die noch übrigen Redactoren hiemit ankündigen: sie haben sich keines der Bedenken verhehlt, welche nach solchen Schlägen sich ihnen entgegenstellen musten. Aber treu der Richtung und Gesinnung, mit welcher sie zuerst zu der Redaction des Museums hinzugetreten waren, haben sie auch nicht vergebens nach neuem Beistande gesucht: Herr Prof. Bethmann-Hollweg, Herr Prof. Böcking und Herr Prof. Unterholzner haben sich mit ihnen vereinigt, um an der Leitung der Zeitschrift Anteil zu nehmen. So hoffen sie denn auch von Anderen, welche bisher dem Museum Beiträge zugewendet haben, fortwährend in gleicher Weise unterstüzt zu werden; und sie nehmen keinen Anstand, um das, was sie hoffen, auch hiemit zu bitten.

Je fester aber an den ursprünglichen Zwecken des Rheinischen Museums festgehalten werden soll, um so weniger brauchten die Redactoren sich zu bedenken, in äusserlichen Dingen diejenigen Aenderungen zu treffen, welche dem regelmäßigen Fortgange der Zeitschrift günstig schienen. Dahin gehört nämlich Folgendes:

Digitized by Google

1) Die Zeitschrift wird fortan in Göttingen, und zwar zunächst unter der Leitung des Unterzeichneten erscheinen. Den Namen eines Rheinischen Museums wird sie darum nicht aufgeben; denn schon das Andenken der ersten Herausgeber sichert ihr den Anspruch auf diese Benennung.

2) Die Bogenzahl eines Bandes wird von vierzig Bogen auf vier und zwanzig, die Zahl der Hefte von vier auf drei herabgesezt, um das jährliche Erscheinen eines Bandes sicherer verbürgen zu können.

3) Der noch nicht geschlossene vierte Jahrgang wird im Laufe dieses Sommers durch zwei Hefte ergänzt, zugleich aber der fünfte Band mit dem gegenwärtig erscheinenden Hefte eröfnet. Für diejenigen Leser, welche die früheren Bände nicht besizen, wird diesem Hefte noch ein zweiter Titel:

Neues Rheinisches Museum für Jurisprudenz, ersten Bandes erstes Heft

beigegeben, und mit dieser doppelten Zählung auch bei den folgenden Heften und Bänden gleichmäßig fortgefahren.

Göttingen, den 20sten Mai 1832.

Blume.

Die unterzeichnete Verlagshandlung hat zu der vorstehenden Ankündigung noch Folgendes hinzuzufügen:

1) Der Preis eines Bandes von drei Heften beträgt vom fünften Bande an: 2 Rthlr. 16 Ggr.

2) Es wird jedem Hefte ein literarischer Anzeiger beigelegt werden, welcher zur Aufnahme buchhändlerischer Anzeigen gegen die Insertionsgebühren von 1 Ggr. für die Zeile bestimmt ist.

Göttingen, Mai 1832.

Dieterich'sche Buchhandlung.

Digitized by Google

I.

Zur Lehre vom s. g. bonitarischen Eigenthum,

vom Herrn Prof. Unterholzner

in Breslau.

Im dritten Jahrgang dieses Museums (S. 311–364) befindet sich ein Aufsatz "über das Wesen des s. g. bonitarischen Eigenthums", der den trefflichen Zimmern zum Verfasser hat, dessen frühzeitiger Tod seitdem gewiß alle, denen die Rechtswissenschaft am Herzen liegt, in tiefe Trauer versetzt hat. Da Zimmern's Ansichten zwar in mehreren wichtigen Punkten mit denjenigen übereinstimmen, welche ich im ersten Jahrg. dieses Museums (S. 129–144) vorgetragen habe, in anderen aber auch wieder von mir abweicht, so finde ich mich bei der Wichtigkeit des Gegenstandes bewogen, mich über die Gründe, aus welchen ich die gewonnene Ueberzeugung, ungeachtet der laut gewordenen Einwendungen, festhalten zu müssen glaube, ausführlicher zu erklären: und gerade diese Zeitschrift, welche die früheren Verhandlungen enthält, dürfte sich vorzüglich für die Fortsetzung des Streites eignen.

I. Neu ist unstreitig Zimmern's Behauptung, daß man das in bonis esse gar nicht als ein dominium betrachten könne (S. 312): ob aber richtig? Man erwäge: 1) daß der Name dominium kein Kunstausdruck des alten Rechts ist, (wie schon Andere bemerkt haben), daß also

Digitized by Google

die Anwendung desselben auf das in bonis esse kein so großes Bedenken haben konnte. 2) Gaj. II. 40. sagt: "olim" habe es bei den Römern nur "unum dominium" gegeben: "aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus." Muß man hier nicht schließen, daß es nach verändertem Rechte allerdings möglich ist, dominus zu sein, ohne daß man ex jure Quiritium dominus ist? Wenn also Gajus fortfährt: "sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus esse, alius in bonis habere"; so muß man dieß dem Zusammenhang nach so verstehen, daß in dem von dem dominium ex jure Quiritium abgelösten Stück immer noch ein dominium anerkannt wird. 3) Gaj. I. 54. spricht von einem "duplex dominium"; "nam vel in bonis, vel ex jure Quiritium, vel ex utroque jure cujusquam servus esse intelligitur." Zimmern sagt, wenn Gajus das in bonis esse für ein dominium hätte wollen gelten lassen; so hätte er ein triplex dominium anerkennen müssen (das in bonis esse, das nudum jus Quiritium, und das ungetheilte dominium ex jure Quiritium): er kennt also bloß ein dominium, welches nudum jus Quiritium ist, und ein dominium ex jure Quiritium mit ungetheiltem Recht. Allein ist es nicht ungleich natürlicher, anzunehmen, daß Gajus unter dem duplex dominium das in bonis esse und das meum esse ex jure Quiritium sich denkt, während er das letzte wieder in zwei Unterabtheilungen zerlegt (bloßes jus Quiritium, und ungetheiltes quiritisches Eigenthum), und in der Aufzählung die Haupteintheilung mit der Unterabtheilung stillschweigend verbindet? 4) Theophilus nennt das in bonis esse und dominium bonitarium. Zimmern meint, das geschehe mit Rücksicht darauf, daß seit der Umänderung des gerichtlichen Verfahrens der Unterschied

Digitized by Google

in den dinglichen Klagen verschwunden war (S. 362). Allein bis auf Justinian blieb doch noch z. B. der nicht unwichtige Unterschied, daß man einen Sklaven, den man bloß in bonis hatte, nicht mit vollkommener Wirkung freilassen konnte: und was das Verschwinden des Unterschieds in den dinglichen Klagen betrifft; so läßt sich wenigstens von Zimmern's Standpunkt aus eine Einwendung machen. Zimmern nimmt nämlich, wie wir sehen werden, für das in bonis esse die Publicische Klage an: diese aber erscheint auch noch im Justinianischen Recht als eine eigenthümliche dingliche Klage. 5) In l. 1. D. de b. p. 37. 1. wird dem bonorum possessor ein dominium eingeräumt, was auch nach Zimmern's Ansicht nur ein in bonis esse sein kann. Wenn also nicht Tribonian's Hand im Spiele ist; so muß schon Ulpian das in bonis esse ein dominium genannt haben: daß aber die Stelle geändert sei, ist nichts weniger als gewiß, ja kaum wahrscheinlich. Den Ausdruck "possidere jure dominii", der in Beziehung auf einen Fall des in bonis esse gebraucht ist (l. 15. §. 33. D. de dam. inf. 39. 2.) läßt Zimmern selbst als ächt gelten (S. 319). — Dagegen mag allerdings zugegeben werden, daß man das in bonis esse nicht nostrum esse genannt habe, und sogar, daß der Ausdruck dominium im eigentlichsten Sinne das quiritische Eigenthum bedeutet (vgl. z. B. Ulp. XIX. 2. 4). Ob man in einem eigentlicheren Sinne das in bonis esse zur possessio gerechnet habe, wie das Recht am fundus provincialis, oder am ager publicus, oder das Recht des bonae fidei possessor (wie Z. S. 344. meint), mag dahingestellt bleiben. Daß übrigens noch in neuester Zeit der ganz ungeschickte Ausdruck "dominium in bonis" gebraucht worden ist, um das in bonis esse zu bezeichnen, (vgl. B. IV. S. 66. fgg. der Tübinger kritischen Zeitschrift) hätte Zimmern billiger-

Digitized by Google

weise rügen sollen: denn, wenn es schon nicht löblich ist, einen nicht quellenmäßigen Sprachgebrauch fortzupflanzen; so ist es ungleich tadelnswerther, dergleichen fabelhafte Ausdrücke neu zu erfinden.

II. Unter den Fällen des in bonis esse führt Zimmern (S. 314) außer der traditio rei mancipi auch die litis aestimatio auf, so daß diese auch bei einer res nec mancipi immer nur ein in bonis esse gegeben hätte. Um diese Behauptung zu prüfen, werden wir unterscheiden müssen: 1) Wenn derjenige, der in dem Falle ist, sich der litis aestimatio zu unterwerfen, die Sache gar nicht besitzt; so erwirbt er im Grunde gar kein Eigenthum durch die Entrichtung der litis aestimatio. Indessen kann er nach Umständen (namentlich "si culpa, non fraude possessionem amiserit") verlangen, daß ihm der Gegner die dinglichen Ansprüche abtrete, obgleich er auch ohne eine Abtretung durch utiles actiones geschützt wird (l. 63. D. de r. v. 6. 1). Ob man ihm in dieser Hinsicht ein in bonis esse beigelegt habe, mag dahingestellt bleiben: auf jeden Fall könnte es nur in einem sehr uneigentlichen Sinne geschehen sein. 2) Wenn der Verklagte die Sache besitzt und dennoch die litis aestimatio entrichtet (z. B. weil der Kläger die verschlechterte Sache lieber gar nicht mehr haben will); so ist nicht einzusehen, warum der Verklagte nicht quiritischer Eigenthümer einer res nec mancipi hätte werden sollen, da hier das Lassen der Sache mit vollem Recht als Uebergabe gelten muß. Freilich heißt es, die litis aestimatio sei nicht für einen wirklichen Kauf, sondern nur für ein kaufähnliches Geschäft zu achten. Allein gewährt denn nicht jede traditio ex justa causa bei den res nec mancipi quiritisches Eigenthum? und wenn die litis aestimatio keine emtio ist; so ist sie doch emtioni similis, und also auf jeden Fall eine justa causa. Die l. 22. pr. D. de act. rer.

Digitized by Google

amot. beweist nichts für Zimmern: denn die dort erwähnte exceptio ist nicht näher bezeichnet, und kann auch die exceptio dominii sein, welche z. B. eintreten würde, wenn der frühere Kläger die Publicische Klage hätte anstellen wollen.

III. Zu den Fällen, in welchen bloß ein in bonis esse entsteht, rechnet Zimmern (S. 315) natürlich auch die bonorum possessio, und macht bei dieser Gelegenheit auf Gaj. III. 80. als auf eine wichtige Beweisstelle aufmerksam. Ich halte dieses auch für richtig: aber die nicht ganz lesbare Stelle dient doch eigentlich erst zum Beweis, wenn man schon zum Voraus überzeugt ist, daß bei der b. poss. ein in bonis esse entsteht, und dem gemäß die Lücke so wie Huschke (Studien. B. 1. S. 273-275), und nicht wie z. B. Klenze ausfüllt. Dieser Umstand dürfte die Schuld derjenigen gar sehr mildern, denen Zimmern vorwirft, diese Stelle übersehen zu haben.

IV. Daß derjenige, welcher ex causa noxali ein Thier oder einen Sklaven mit obrigkeitlicher Erlaubniß sich zueignet, bloß ein in bonis esse erlangt, habe ich selbst schon früher behauptet: Zimmern aber glaubt, die l. 16. D. de publ. i. r. act. 6. 2., wo in dieser Hinsicht die Publicische Klage erwähnt wird, als eine wichtige Beweisstelle betrachten zu müssen: worin ich nicht seiner Meinung sein kann. Denn, gesetzt auch, es hätte hier ein meum esse ex jure Quiritium entstehen können; so würde immer vorausgesetzt werden müssen, daß der erweisliche Eigenthümer des Sklaven oder des Thiers wegen der noxa in Anspruch genommen war: außerdem mußte doch die Publicische Klage aushelfen. (Vgl. die von Zimmern selbst angeführte l. 28. D. de nox. act. 9. 4.)

V. Auch ich hatte, als der Natur der Sache gemäß, in einem frühern Aufsatze angenommen, daß bei der missio in possessionem damni infecti nomine ein bloßes

Digitized by Google

in bonis esse entstanden sei, hatte aber Bedenken getragen, die l. 5. pr. l. 15. §. 16. 27. D. de dam. inf. 39. 2. als vollgültige Beweisstellen gelten zu lassen. Zimmern theilt diese Bedenklichkeit nicht, und meint (Anm. 13*), daß die von mir erhobenen Zweifel schon von Anderen widerlegt seien. Ich hatte nämlich bemerkt, es sei möglich, an Fälle zu denken, wo die Gefahr drohende Sache in den Händen eines Nichteigenthümers war, und wegen der von diesem verweigerten cautio des possidere jubere eintrat. Hier habe auf keinen Fall ein possidere jure dominii eintreten können, sondern nur eine b. f. possessio, und so mußte natürlich erst noch usucapio eintreten. Diese Bemerkung wurde getadelt: denn die immissio sei "in die Sache, abgesehen von der Person des Besitzers", erfolgt, "so daß der, welcher damni infecti nomine klagt, um den Eigenthümer sich auf keine Weise zu kümmern hat." Das soll hervorgehen aus l. 4. §. 6. l. 15. §. 20–23. l. 39. §. 1. D. de dam. inf. Die Erwiederung ist nicht schwer. Allerdings erfolgt die missio in der Sache; aber es ist natürlich, daß zunächst nur derjenige darunter leiden kann, gegen den die missio verfügt wird. Wird daher bei einem vectigale praedium gegen die mancipes die missio erkannt; so leiden diese darunter (l. 15. §. 27. ib.): wird sie erkannt gegen den Pächter; so leidet nur dieser (l. 15. §. 26. ib.). Wird sie gegen einen b. f. possessor erkannt; so kann also ebenfalls der Eigenthümer nicht darunter leiden, und behält seine Eigenthumsansprüche, so lange ihn nicht die Verjährung ausschließt: aber freilich wird ihm eine exceptio entgegenstehen, wenn er nicht der Verpflichtung zur cautio genügt, die er natürlich nicht ablehnen kann. Wie übrigens der Tadler zugeben konnte, daß im Justinianischen Rechte "allen den von der Usucapion handelnden Stellen jene singuläre Beziehung gegeben

Digitized by Google

werden dürfe", ist schwer zu erklären: denn wenn diese Beziehung für das vorjustinianische Recht so unmöglich wäre, wie der Tadler meinte; so wäre sie auch für das Justinianische Recht zu verwerfen.

VI. Zimmern spricht ferner (S. 316), dem Vorgange Ribbentrop's folgend, von einem in bonis esse auch in Beziehung auf in integrum restitutio; was aber noch eine nähere Untersuchung verdienen dürfte. 1) Vor der in integrum restitutio von einem in bonis esse zu sprechen, möchte nur etwa in dem Sinne möglich sein, wie man auch bei dem, was in actione est, ein in bonis esse annahm, und daher z. B. von der dos sagte, sie sei in bonis der Frau. Sonst hätte z. B. ein Minderjähriger, der eine Sache in bonis hatte (z. B. eine res mancipi durch bloße Uebergabe besaß), dieses in bonis esse behalten müssen, wenn er die Sache veräußerte, aber unter Umständen veräußerte, die ihm eine Aussicht auf in integrum restitutio übrig ließen. Da jedoch derjenige, der von dem Minderjährigen die Sache erwarb, doch auch ein in bonis esse erlangte; so müßte man annehmen, es sei hier ein doppeltes in bonis esse entstanden: eine seltsame Annahme, die durch nichts gerechtfertiget wird. 2) Wenn die in integrum restitutio gesucht wird; so wird eine restitutoria actio ertheilt, d. h. es wird die frühere Klage utiliter zugelassen. Wer also quiritisches Eigenthum hatte und es durch usucapio verlor, der ließ sich, wenn er gegen die usucapio die r. i. r. suchte, die Klage auf das meum esse ex jure Quiritium stellen; aber mit Einschaltung einer fictio, als ob die ihm entgegenstehende usucapio nicht eingetreten wäre. Wer bloß die Rechte eines bonae fidei possessor gehabt hatte, der ließ sich die Publ. actio geben, nämlich ebenfalls rescissa usucapione (l. 35. D. de o. et a. 44. 7. Vgl. l. 57. D. mand. 17. 1). Aber auch jetzt legte man

Digitized by Google

demjenigen, der eine solche utilis actio erhalten hatte, wohl überhaupt kein Eigenthum bei, weder ein meum esse ex jure Quiritium, noch ein in bonis esse; sondern man begnügte sich eben, zu sagen, er habe wegen der Sache eine restitutoria actio: ungefähr, wie man z. B. von denjenigen, der eine utilis actio gegen den Maler hat, welcher sich einer fremden Leinwand zu seinem Gemälde bedient hat, auch nicht sagen kann, er sei Eigenthümer des Gemäldes. 3) Wenn in Folge der in integrum restitutio derjenige, der sein Eigenthum verloren hatte, wieder zum Besitze der Sache gelangt ist; so kann es allerdings zweifelhaft scheinen, ob hier mehr als ein in bonis esse entstehen könne: dennoch ist es nicht unwahrscheinlich, daß durch die i. i. r. das meum esse ex j. Q. wieder hergestellt wurde, wenn nur früher ein solches vorhanden war. Man entgegnet freilich: der Prätor konnte kein quiritisches Eigenthum verschaffen. Dem kann aber wiederum entgegnet werden: daß hier das quiritische Eigenthum nicht als eine Folge der i. i. rest., sondern in Folge der früheren Erwerbung angenommen wird. Die i. i. rest. bewirkt bloß, daß nun niemand mehr behaupten kann, dieses Eigenthum sei verloren gegangen: denn ein solcher Einwand würde durch Berufung auf die erlangte i. i. rest. beseitigt werden können. Nach dieser Ansicht konnte also z. B. der Minderjährige, an den sein früheres Eigenthum durch i. i. rest. zurückgekommen war, bei neuerdings verlorenem Besitze eine geradezu auf das meum esse ex j. Qu. gerichtete Eigenthumsklage anstellen, ohne daß er eine neue usucapio vollendet zu haben brauchte: indem er bei den Verhandlungen in judicio die Klage durch Berufung auf seine ursprüngliche Eigenthumserwerbung rechtfertigte.

VII. Mit Recht ist von Zimmern (S. 295) angenommen, daß durch die restitutio hereditatis ex SC.

Digitized by Google

Trebelliano kein quiritisches Eigenthum, sondern bloß ein in bonis esse entstehe. Auch ich habe im Allgemeinen nie daran gezweifelt, obgleich in meinem Aufsatze "über die Arten des Eigenthums" dieser Fall aus Versehen unangeführt geblieben ist. Inzwischen würde ich ihn nicht berührt haben, ohne eine Beschränkung hinzuzufügen. Es kann nämlich vorkommen, daß der here fiduciarius bereits zum Besitze der Erbschaft gelangt ist, und daß alsdann die restitutio hereditatis nicht in einer bloßen Erklärung besteht, daß man sich der Erbfolge zu Gunsten des fideicommissarius entschlage, sondern mit einer wirklichen Ablieferung der zur Erbschaft gehörigen körperlichen Vermögensstücke verbunden ist. Daß nun in solchem Falle die res nec mancipi durch die Ablieferung mit quiritischem Eigenthum auf den heres fideicommissarius übergehen, kann wohl nicht bezweifelt werden. Wenn dagegen das Recht des fideicommissarius lediglich auf die Abtretung der Erbschaft im Ganzen begründet ist; so kann man ihm allerdings bloß ein in bonis esse beilegen.

VIII. Hinsichtlich der so bestrittenen Frage, ob bei den Erwerbungsarten, welche aus dem jus gentium (vel naturale) abgeleitet werden, bloß ein in bonis esse entstehe, tritt Zimmern, zu meiner großen Freude, derjenigen Ansicht bei, welche bei diesen Erwerbungsarten ein meum esse ex jure Quiritium entstehen läßt (S. 348 fgg.); so daß die Zahl ihrer Vertheidiger (denn auch F. A. Schilling ist neuerlich unter diesen aufgetreten) mehr und mehr zu wachsen scheint. Nicht zu übersehen ist Zimmern's Bemerkung, daß man da, wo bei Gajus von einem naturali ratione nostrum *fieri*, occupantis *fit* u. s. w. die Rede ist, der Zusatz ex jure Quiritium gar nicht erwartet werden dürfe; denn wo nur die Entstehung eines Rechts und nicht die Natur des erworbenen Rechts geschildert werden soll, da könne die naturale Entstehung

Digitized by Google

ohnehin nicht wie die civile als ein nostrum fieri ex jure Quiritium bezeichnet werden. Da ein Gegengrund aus l. 5. pr. D. pro derel. 41. 7. hergenommen worden ist; so wird S. 357 in die Erklärung dieser Stelle eingegangen, und bei dieser Gelegenheit ein Tadel über dasjenige ausgesprochen, was in meiner Verjährungslehre über diese Stelle gesagt ist, den ich aber nicht gelten lassen kann. In jener Stelle soll gezeigt werden, daß die Redlichkeit des Besitzes manchmal vorhanden sein könne, während doch dem Besitzerwerber nicht unbekannt gewesen ist, daß derjenige, von dem er erwarb, ein Nichteigenthümer war. Dieser Fall tritt z. B. ein, wenn man eine Sache kauft, die der Verkäufer durch eine Schenkung unter Ehegatten erworben hat, und recht gut damit bekannt ist, daß der Verkäufer sein Recht an der Sache auf einen unhaltbaren Grund stützt. Der Käufer kann sich nämlich dennoch als rechtmäßigen Erwerber betrachten, weil die Veräußerung, durch welche er erwirbt, als eine mit Willen des verschenkenden Ehegatten vorgenommene Veräußerung angesehen werden kann. Wäre nun der verschenkende Ehegatte wirklicher Eigenthümer gewesen; so würde (wenigstens bei einer res nec mancipi) eine usucapio gar nicht weiter nöthig sein, indem sie als eine res domini voluntate tradita sofort ein Eigenthum des Käufers würde. Allein wenn auch der verschenkende Ehegatte nicht wirklicher Eigenthümer gewesen ist; so kann doch zum wenigsten ein Usucapionsbesitz entstehen: vorausgesetzt, daß der, welcher von dem beschenkten Ehegatten kaufte, ihn dafür gehalten hat. Da nun die Stelle bloß von der Möglichkeit einer Usucapion spricht; so wurde in der Verjährungsl. B. 1. S. 405. (wohl mit Recht) behauptet, daß der verschenkende Ehegatte nicht als wirklicher, sondern als vermeintlicher Eigenthümer zu denken sei. (Auf ähnliche Weise muß auch der erste Theil der Stelle so er-

Digitized by Google

klärt werden, daß derjenige, der die Sache derelinquirt hat, nicht als wirklicher, sondern nur als vermeintlicher Eigenthümer gedacht wird).

IX. Daß in der Regel neben dem, der eine Sache in bonis hat, ein anderer vorkömmt, dem das (nudum) jus Quiritium zusteht, ist freilich das Ursprüngliche (bei der Uebergabe der res mancipi): allein bei der bonorum possessio wird in der Regel das Gegentheil eintreten. Man denke nur an alle diejenigen Arten der b. p., die hinter der b. p. unde legitimi ihren Platz haben. Man setze ferner einen emancipatus, der zur b. p. unde liberi gerufen ist, und einen Agnaten, der heres werden könnte, aber natürlich die Erbschaft gar nicht antritt, weil er doch nur eine hereditas sine re haben würde, und also auch das meum esse ex jure Quiritium gar nicht erlangt. (Zimmern S. 345. a. E. und S. 346. a. A. scheint gerade diese Hauptfälle übersehen zu haben.) Allenfalls könnte man einen quiritischen dominus orcinus annehmen, der durch fictio als fortlebend gedacht würde: allein es fehlt an allen Beweisen, um diese Ansicht als eine römische nachzuweisen.

X. Die Rechte des in bonis esse bestehen hauptsächlich in dem Schutze, welcher bei vorkommenden Rechtsstreitigkeiten demjenigen verliehen wird, der eine Sache in bonis hat: ein Schutz, der sich zur Zeit der actiones per formulam theils in einer exceptio gegen die Ansprüche des quiritischen Eigenthümers (insbesondere in der exceptio rei venditae und traditae), theils in einer (ohne Zweifel durch fictio vermittelten) Klage ausspricht, welche ganz eben so wirksam ist, als die eines quiritischen Eigenthümers, weil sie auch gegen diesen gebraucht werden kann. Dazu kömmt, daß das in bonis esse ein justus titulus ist, um darauf eine usucapio zu gründen, und daß die Erzeugnisse einer Sache demjenigen zufallen, der

Digitized by Google

sie in bonis hat. Dagegen fehlt bei dem in bonis esse (und das hätte Zimmern, da er einmal auf Vollständigkeit ausgieng, mehr erörtern sollen) das Recht der civilrechtlichen Veräußerung. Daß man kein legatum per vindicationem machen konnte, wenn man eine Sache bloß in bonis hat, ist bekannt. Aber es liegt in der Natur der Sache, daß man eben so wenig eine gültige in jure cessio vornehmen konnte, und selbst die mancipatio mußte als solche, d. h. insofern sie nicht mit einer Uebergabe verbunden war, wirkungslos sein.

XI. Mit Bestimmtheit entscheiden zu wollen, ob die als Inhalt des in bonis esse vorkommenden Rechte alle auf einmal entstanden sind, oder ob sie allmählig Anerkennung gefunden haben, dürfte bedenklich sein. Zimmern scheint anzunehmen, daß der Schutz des in bonis esse durch eine exceptio älter ist, als die Einführung einer Klage (S. 322): und gewiß ist das nicht nur sehr möglich, sondern es hat auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit. Noch älter ist ohne Zweifel das Recht der usucapio und das Recht in Ansehung der Früchte. Aber niemand wird behaupten wollen, daß man von einem in bonis esse gesprochen habe, ehe der eigenthümliche rechtliche Schutz eingeführt war, dessen vorher erwähnt worden ist; und man darf wohl mit vieler Wahrscheinlichkeit annehmen, daß der Begriff des in bonis esse erst durch die Einführung einer Klage zu Gunsten des s. g. bonitarischen Eigenthümers sich gebildet habe, wie denn auch Zimmern selbst (S. 343) diese Ansicht keineswegs verwirft.

XII. Es ist möglich, und vielleicht sogar wahrscheinlich, daß ein in bonis esse sich erst in der Zeit ausgebildet hat, als die actiones per formulam schon in Uebung waren, nur gebe man die Behauptung nicht als Gewißheit. Daß exceptiones und fictiones im formellen Sinne nur bei dem Verfahren per formulas vorkommen,

Digitized by Google

ist freilich wahr: aber wir müssen annehmen, daß auch bei dem Verfahren durch legis actiones Fictionen und Exceptionen im materiellen Sinne beachtet wurden. Wenigstens scheinen die centumviri ein solches Recht, gleichsam als ein court of equity, geübt zu haben: denn gewöhnliche judices freilich durften zur Zeit der legis actiones wohl immer nur nach den strengen Rechten verfahren. Die inofficiosi querela beruht nämlich offenbar auf einer fictio, nicht in dem Sinne, wo man ein Einschiebsel in einer formula darunter versteht, sondern in der Art, daß die centumviri sich es erlaubten, diese fictio ex officio zu berücksichtigen. Eben so mögen sie sich erlaubt haben, exceptiones zu Gunsten des Verklagten auf ähnliche Weise gelten zu lassen. (Der Vf. dagegen schließt S. 322 ohne weiters, weil Exceptionen erst im Formularproceß entstanden seien, Gaj. IV. 108; so sei es auch bei dem Verfahren nicht möglich gewesen, demjenigen, der eine res mancipi durch bloße Uebergabe erworben hatte, gegen die vindicatio in Schutz zu nehmen).

XIII. Daß einige Fälle des in bonis esse eigentlich prätorischen Ursprungs sind, ist unbestreitbar: daraus folgt aber der prätorische Ursprung noch nicht für alle Fälle; namentlich nicht für den Fall, der gerade zur Ausbildung des in bonis esse die erste Veranlassung gegeben haben dürfte (Erwerbung einer res mancipi durch Uebergabe). Es wäre wenigstens möglich, daß hier schon sehr zeitig ein Gewohnheitsrecht einwirkte, und schon diese bloße Möglichkeit sollte uns abhalten, das in bonis esse so geradezu ein prätorisches Eigenthum zu nennen, und dadurch der näheren Prüfung vorzugreifen. Uebrigens verkennt Zimmern zwar keineswegs die eigenthümliche Natur desjenigen in bonis esse, welches durch die Uebergabe einer res mancipi entsteht (S. 344. 345.): aber da er dennoch die hier Statt findende Klage als eine prätorische

Digitized by Google

betrachtet; so spricht er auch wohl von dem in bonis esse als von einem prätorischen Eigenthum (S. 326).

XIV. Zimmern sagt S. 358: "Das in bonis esse ist kein dominium juris gentium." Man sollte meinen, da die traditio eine im jus gentium begründete Veräußerungsweise ist; so könne wenigstens dasjenige in bonis esse, welches durch die traditio einer res mancipi entsteht, nicht gerade mit Unrecht als dominium juris gentium bezeichnet werden. Es wird aber immerhin gut sein, sich zu erinnern, daß man es nicht mit einem quellenmäßigen Kunstausdruck zu thun hat.

XV. Großer Streit ist bekanntlich über die Natur der Klage, durch welche das in bonis esse geschützt gewesen ist. 1) Einige meinen, die reine petitoria formula sei hiezu bestimmt gewesen, während die actio per sponsionem vorzugsweise sich für das meum esse ex jure Quiritium eignete. Sie meinen also, Gajus habe (IV. 92) nicht ohne Absicht die Worte "ex jure Quiritium" weggelassen, wenn er dort sagt: "Petitoria autem formula est, qua actor intendit, rem suam esse." Diese Meinung glaubte ich in meinem Aufsatz über die Arten des Eigenthums (Anm. 10) ganz kurz dadurch beseitigt zu haben, daß ich auf das bei Gajus II. 4. a. E. vorkommende Beispiel einer formula petitoria verwies, welche die Worte ex jure Quiritium enthält. (Ich hätte überdieß auf Cic. in Verr. II. 12. verweisen können, wo eine formula petitoria vorkömmt, welche ebenfalls die Worte "ex jure Quiritium" nicht vermissen läßt). Je mehr es mir nun unerfreulich sein mußte, diese Andeutung in einer schon ein paarmal berücksichtigten Beurtheilung jenes Aufsatzes unbeachtet zu sehen, desto angenehmer war es mir, zu finden, wie Zimmern (S. 333. 334) diese Meinung eben so beseitigt. 2) Andere denken an die Publiciana in rem actio: und diesen tritt auch Zim-

Digitized by Google

mern bei. Die Möglichkeit dürfte sich nicht eben abläugnen lassen: allein gegen die Wahrscheinlichkeit läßt sich vieles erinnern. a) Daß man die Publicische Klage mit besonderer Rücksicht auf das in bonis esse eingeführt haben sollte, ist schwer zu glauben. Das Edict lautete: SI QUIS ..... NON A DOMINO PETET, IUDICIUM DABO. Wer aber eine Sache in bonis hat, kann auch gegen den dominus (ex jure Quir.) klagen. Dieß fühlt natürlich Zimmern (S. 340): er hilft sich also durch die unglaubliche Behauptung, daß hier Tribonian die Worte "NON A DOMINO" eingeschoben habe. Diese Worte hätten nämlich ursprünglich nicht im Edict stehen können, weil sie auch nicht in der formula der Publicischen Klage vorkommen und weil die Publicische Klage streng genommen auch gegen den Eigenthümer gegangen sei: nur daß dieser sich durch eine exceptio habe schützen können. Allein wenn der Prätor im Edicte sagte: SI QUIS NON A DOMINO PETET IUDICIUM DABO; so hieß das so viel: wenn es schon bei den Verhandlungen in jure klar wird, daß der Verklagte nicht Eigenthümer ist (indem dieser sich gar nicht einmal für den Eigenthümer ausgiebt), so werde ich ganz unumwunden die Publiciana in rem actio zulassen: dagegen werde ich die actio verweigern (d. h. gar nicht erst ein judicium einleiten), wenn sofort das Gegentheil an den Tag kömmt. Ist es streitig, ob der Verklagte Eigenthümer ist, oder nicht; so werde ich zwar ein judicium einleiten, ich werde aber den Fall, daß der Verklagte Eigenthümer sein sollte, durch eine exceptio ausschließen. Natürlich konnten also in der formula Publ. actionis die Worte "NON A DOMINO" gewöhnlich nicht vorkommen, sondern nur, wenn die formula eine exc. enthielt. b) Wenn nun aber auch die Publ. Klage zunächst nicht zum Schutze des in bonis esse eingeführt sein kann; so ließe es sich doch denken,

Digitized by Google

daß die Publicische Klage, wenn sie auch ursprünglich auf den Schutz des bonae fidei possessor gegen den schlechteren Besitzer berechnet war, durch Erweiterung auf das in bonis esse angewendet worden wäre. Dieß setzte aber voraus, daß man in Rom eher daran gedacht habe, den bloßen bonae fidei possessor zu schützen, als denjenigen, dem zum quiritischen Eigenthümer nichts fehlt, als daß ihm eine res mancipi bloß übergeben und nicht mancipirt worden ist: und wer möchte diese Voraussetzung wahrscheinlich finden? Nothwendig ist sie wenigstens gewiß nicht, und so muß die Annahme der Publicischen Klage auf jeden Fall den größten Bedenklichkeiten unterliegen.

c) Die Stellen, welche Zimmern (S. 341) anführt, können durchaus nicht als Beweise gelten: denn es versteht sich von selbst, daß z. B. derjenige, qui servum ex noxali causa duxit, zur Publ. actio die Zuflucht nehmen muß, wenn er nicht beweisen kann, daß derjenige, der den Sklaven unvertheidigt gelassen hat, ein wirklicher Eigenthümer war. Ueberhaupt entsteht in allen Fällen, wo ein in bonis esse entstehen könnte, wenn der auctor Eigenthümer wäre, bloß eine bonae fidei possessio, wenn dieses nicht der Fall ist. So will denn auch Ribbentrop's Berufung auf l. 35. D. de o. et a. 44. 7., die Zimmern ein "gutes Argument" nennt, nichts bedeuten. Wenn nämlich ein bonae fidei possessor gegen eine ihm nachtheilig gewordene usucapio restituirt wird; so kann die restitutio für ihn nur darin bestehen, daß ihm eine Publiciana in rem actio mit Verwerfung der exceptio dominii gegeben wird. Aber was folgt daraus? Etwa daß die restitutio immer bloß vermittelst der Publiciana actio bewerkstelligt wurde, auch wenn der Verletzte ein erweisliches Eigenthum gehabt hätte? Es wird erlaubt sein, daran zu zweifeln. Auch ist schon oben bemerkt, daß man schwerlich wohl daran thut, hinsichtlich

Digitized by Google

der in integrum restitutio von einem in bonis esse zu sprechen. 3) Meine eigene Ansicht gieng dahin, daß man die Eigenthumsklage utiliter, d. h. mittelst einer fictio, angewendet habe: wobei ich aber nicht der Meinung war, als habe diese fictio eben so wie bei der Publicischen Klage darin bestanden, daß die usucapio als vollendet gedacht wurde. Diese Ansicht ist auch jetzt noch die meinige. Bei dem bonorum possessor wird allgemein gesagt, daß er die utiles actiones gleich einem Erben erhalten habe. Natürlich wurde er also als Erbe fingirt. (Rücksichtlich der persönlichen Klagen ist dieß außer Zweifel, Gaj. IV. 34: eben so muß es bei der hereditatis petitio gewesen sein. Warum also nicht eben so, wenn von Eigenthumsklagen die Rede war? Meines Erachtens konnte der bonorum possessor das meum esse ex jure Quiritium zufolge jener fictio durch die petitoria formula und vielleicht auch per sponsionem verfolgen. Auch das Recht der *Publiciana actio* gieng vermittelst dieser *fictio* auf ihn über, so daß er eine von dem Erblasser als b. f. possessor besessene Sache, die er selbst nie besessen hatte, mit der Publ. in rem actio verfolgen konnte. Arg. l. 12. §. 1. D. de Publ. 6. 2. "Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana.") Dasselbe gilt beim bonorum emtor (Gaj. IV. 35.), und bei dem heres fideicommissarius (Gaj. II. 253.). Für den Fall der Veräußeruug einer res mancipi durch bloße Uebergabe lag nun die fictio einer erfolgten mancipatio so nahe, daß sie sich wie von selbst darbot. Und so muß man sich die utiles actiones für die übrigen Fälle des in bonis esse auf ähnliche Weise denken. Nach der hier entwickelten Ansicht findet daher wegen des in bonis esse keine eigenthümliche Klage Statt, die auch (wie Zimmern S. 335 mit Recht be-

Digitized by Google

merkt) nicht eben wahrscheinlich wäre, weil Gajus völlig darüber schweigt. Gegen die Annahme der Publiciana actio dürfte aber außer den schon angeführten Gründen auch noch in Betrachtung kommen, wie unwahrscheinlich es ist, daß die Römer, denen die reichhaltige Fundgrube der utiles actiones offen stand, so verschiedenartige Ansprüche, wie die des bonae fidei possessor uns die des s. g. bonitarischen Eigenthümers, ganz widernatürlich in eine und dieselbe Form eingezwängt haben sollten. Freilich hat Zimmern (S. 332) zu zeigen versucht, daß bei diesen Ansprüchen, ungeachtet aller Verschiedenheit im Ergebnisse, dennoch eine gewisse Einheit in der Begründung sehr wohl angenommen werden könne. Allein wenn man wahrnimmt, wie die Römer überall mehr die Ansprüche als die zum Grunde liegenden Rechte im Auge behalten; so war es für sie nicht unwichtig, durch passende Sonderung der Klagen die Rechtsverwirrung abzuhalten.

XVI. Da es mir schon in den Erlanger Jahrbüchern als ein Hauptgebrechen meines Aufsatzes "über die Arten des Eigenthums" vorgeworfen worden ist, daß ich dort nicht von dem Eigenthum der Peregrinen gesprochen habe; so ergreife ich um so lieber die hier sich darbietende Gelegenheit, meine Ansicht auseinanderzusetzen, als Zimmern mit bedenklichem Kopfschütteln einer Andeutung gedenkt, die in meiner Verjährungslehre gelegenheitlich über diesen Gegenstand vorkömmt. Zuvörderst mag zugegeben werden, daß Ausländer, die einem wildfremden Volke angehörten, im ältesten Rom eben so gut als rechtlos angesehen wurden, als ob sie eigentliche Feinde gewesen wären. Solche Ausländer mochten dann, wie Odysseus bei den Phäaken, als Flehende sich nahen, und den Schutz der Gastfreundschaft sich gewinnen, der ihnen die Rechte der Schutzverwandtschaft (Clientel) verlieh; oder sie mochten eine heilige

Digitized by Google

Freistätte suchen und sich dadurch vielleicht Aufnahme in die römische Bürgergemeinde erwerben. Dieser Ausländer war gewiß nie eine so sehr große Zahl in Rom, daß ein dringendes Bedürfniß gefühlt worden wäre, ihrem Rechtszustande eine gesichertere Grundlage zu geben. Die meisten Ausländer, die sich in Rom, besonders des Handels wegen, aufhielten, gehörten Volksstämmen an, die mit Rom in Fried und Freundschaft lebten, und diese freundschaftlichen Verhältnisse durch Verträge (foedera) festgestellt hatten: wie denn z. B. ziemlich früh sogar mit dem ziemlich entfernten Karthago ein solcher Freundschaftsbund geschlossen wurde (nämlich schon im ersten Jahre nach Vertreibung der Könige). Solche Freundschaftsverträge bestimmten natürlich auch die Rechte, welche die Ausländer in Rom, und hinwieder die Römer im Auslande genießen sollten. Das wenigste, was in dieser Hinsicht geschehen konnte, war nun wohl, daß bestimmt wurde, die Ausländer sollten, gleich den Römern selbst, bei ihrem Eigenthum geschützt werden, und bei Schuldansprüchen gegen Römer Recht finden: hinwiederum solle dasselbe den Römern gegen die Ausländer zu Theil werden. Damit war aber noch keineswegs gleiche Erwerbfähigkeit (commercium) gegeben, und noch weniger vollkommene Gleichstellung der Ausländer mit den römischen Bürgern (welche namentlich auch das connubium hätte gewähren müssen). Der Ausländer konnte demnach gewöhnlich in Rom nur nach gemeinrechtlichen Grundsätzen (jure gentium) Eigenthum und Schuldforderungen erwerben, und nicht nach eigenthümlich römischem Rechte (jure proprio civium Romanorum), z. B. nicht durch mancipatio. Insoferne aber Vermögensrechte bei dem Ausländer überhaupt anerkannt waren, mußte man ihm denselben Schutz gewähren, wie dem römischen Bürger selbst: es müßte denn sein, daß in dem foedus Ausnahmen festgesetzt ge-

Digitized by Google

wesen wären. Wie hätte ohne eine solche Gemeinschaft des rechtlichen Schutzes ein sicherer und lebendiger Verkehr bestehen sollen? Fassen wir also insbesondere das Eigenthum in's Auge; so ist anzunehmen, daß der Ausländer, insoweit er Eigenthum hatte, in Folge der im foedus ausgesprochenen Gleichstellung des Schutzes gleich einem Römer ein meum esse ex jure Quiritium sich beilegen und dieses auch wie ein Römer verfolgen konnte. Diese Ansicht wird dadurch bestätigt, daß nach dem Bericht des Gajus zuerst nur einerlei Eigenthum (unum dominium) in Rom war: man war quiritischer Eigenthümer oder gar nicht Eigenthümer. Behauptet man also, daß die Ausländer nicht quiritische Eigenthümer waren; so behauptet man, daß sie überhaupt gar nicht Eigenthümer waren. Um dieses einigermaßen glaublich zu machen, könnte man freilich sagen, die Fremden hätten sich mit dem Besitzrechte begnügen müssen. Allein daß in der ältesten Zeit ein selbständiger Schutz für den Besitz bestanden habe (abgesehen nämlich von der Rücksicht, die bei der Regulirung der vindiciae auf den Besitz genommen wurde), ist ja nichts weniger als ausgemacht, und sogar nicht einmal wahrscheinlich. (Nach dieser Ansicht ist also kein Gedanke daran, daß der Römer, der eine res nec mancipi an einen Fremden veräußerte, quiritischer Eigenthümer geblieben wäre, wie Zimmern (S. 359) annimmt. Bei dem res mancipi muß man es zugeben, weil der Fremde, der nicht das commercium hatte, der mancipatio unfähig war. So lange es also noch kein in bonis esse gab, konnte überhaupt keine res mancipi von einem Römer an einen Fremden veräußert werden, wenn dieser nicht das commercium hatte.) Natürlich dürfen wir auch dem Fremden nicht das Recht absprechen, sein Eigenthum im Wege der legis actiones zu verfolgen. (Denn da in der ältesten Zeit in Rom gar

Digitized by Google

kein anderes gerichtliches Verfahren bekannt war; so würden die Fremden aller gerichtlichen Hülfe entbehrt haben, wenn sie an den legis actiones keinen Theil gehabt hätten.) Dieß muß uns aber wieder in der Ansicht bestätigen, daß die Fremden allerdings eines quiritischen Eigenthums fähig waren; denn es ist nicht die geringste Spur vorhanden, daß für die Klagen der Fremden besondere legis actiones erfunden worden seien; daß aber bei den Vindicationen römischer Bürger die legis actio auf das meum esse ex jure Quiritium gestellt war, ist bekannt genug. Als die actiones per formulam entstanden, wurden die Fremden auch zu dieser neuen Form des gerichtlichen Verfahrens zugelassen: wie denn dieses nicht bloß zu vermuthen, sondern zu erweisen ist. Die Frage kann bloß sein, ob die Eigenthumsklage "ficta civitate romana" oder ohne eine solche fictio gegeben wurde. Nun wissen wir freilich, daß die furti actio und die legis Aquiliae actio dem Fremden und gegen ihn "ficta civitate romana" gegeben wurden (Gaj. IV. 37): allein der Anspruch auf das Doppelte oder Vierfache wegen einer Entwendung, so wie der Anspruch auf Ersatz des Werthes, den eine Sache innerhalb einer gewissen Zeit vor der Beschädigung gehabt hatte, waren an sich schon eigenthümlich römisches Recht. Nicht so das bei dem Fremden anerkannte Eigenthum, welches an sich im jus gentium beruhte, und nur deßwegen, weil es des im jus Quiritium begründeten Schutzes sich erfreute, ein meum esse ex jure Quiritium genannt werden konnte. (Dieser Schutz aber gebührte dem Fremden schon in Gemäßheit des zwischen seinem Volke und zwischen dem römischen bestehenden Fried- und Freundschaftsvertrags, brauchte ihm also nicht erst durch eine in der formula ausgedrückte fictio zu Theil zu werden. Von diesen Grundsätzen ausgehend habe ich daher niemals daran

Digitized by Google

denken können, das in bonis esse aus einem eigenthümlichen dominium peregrinorum, was es in Rom gegeben haben soll, herzuleiten. (Darin stimmt Zimmern überein: aber da er ein eigenthümliches dominium peregrinorum anerkennt; so bedarf er anderer Gründe, und diese dürften wohl schwerlich alle Gegner befriedigen. Und in der That, wenn es ein solches dominium peregrinorum gab; so erscheint der Gedanke, daß es dem in bonis esse zum Vorbild gedient habe, äußerst natürlich.) Eben so wenig konnte ich die Ueberzeugung gewinnen, daß die Entstehung des in bonis esse durch die Bedürfnisse der in Rom lebenden Fremden herbeigeführt worden sei (obgleich auch diese bedeutend dadurch gewinnen mußten, indem ihnen vorher, wie auch schon angedeutet worden ist, in Ansehung der res mancipi gar kein Eigenthum zugestanden werden konnte). Das eigene Bedürfniß der römischen Bürger rechtfertigte ja die Entstehung des in bonis esse in Ansehung der nicht auf dem Wege der mancipatio veräußerten res mancipi hinlänglich. (Auch Zimmern läßt das in bonis esse nicht aus Rücksicht auf die Fremden entstehen, und macht in dieser Beziehung sehr mit Recht darauf aufmerksam, wie in Sachsen rücksichtlich der einer Belehnung unterworfenen Grundstücke sich auf eine ähnliche Weise ein Unterschied zwischen Natural- und Civileigenthum gebildet hat. Er hätte auch das preußische Recht anführen können, wo ebenfalls durch die Nothwendigkeit der s. g. Berichtigung des Civiltitels (— im Hypothekenbuche —) ein ähnlicher Unterschied begründet wird).

XVII. Da Zimmern (S. 341. 342) auch die Lehre von den Dienstbarkeitsrechten zu Hülfe nimmt, um seine Ansicht von dem in bonis esse zu erläutern, und insbesondere um zu beweisen, daß man bei der zum Schutze des in bonis esse Statt findenden Klage an die Publi-

Digitized by Google

cische Klage denken müsse; so wird auch dieser Punkt noch zu berühren sein. Da bei den res incorporales nach der naturalis ratio eine traditio gar nicht als wirksam anerkannt ist (Gaj. II. 28); so kann von einer aus dem jus gentium abzuleitenden Begründung eines in bonis esse durch traditio gar nicht die Rede sein. Dagegen würde an sich nichts Wesentliches erinnert werden können, wenn man z. B. bei dem bonorum possessor in Ansehung der jura, die zu den ererbten praedia gehören, von einem in bonis esse reden wollte: nur ist nicht anzunehmen, daß hier der Ausdruck in bonis esse in ähnlicher Art wie beim Eigenthum als eigentlicher Kunstausdruck gebraucht worden sei. Vielmehr sind bei den Dienstbarkeitsrechten quellenmäßig entgegengesetzt servitutes quae jure civili consistunt und servitutes quae tuitione praetoris consistunt. Da wo das Dienstbarkeitsrecht nur tuitione praetoris besteht, tritt utilis actio ein. Eine solche finden wir bei der Verjährung durch longum tempus (l. 10. D. si serv. vind. 8. 5): eine solche muß also auch in allen übrigen Fällen angenommen werden, wo die tuitio praetoris aushelfen mußte. Daß zu diesen Fällen auch der gehört, wo der Eigenthümer die Ausübung eines Dienstbarkeitsrechts hatte geschehen lassen, ohne daß eine in jure cessio oder eine mancipatio erfolgte, ist durch die l. 11. §. 2. D. de Publ. 6. 2. allerdings erwiesen. Es wäre aber möglich, daß die tuitio praetoris noch weiter gieng und die durch pactio et stipulatio bestellten Dienstbarkeitsrechte schützte: nämlich nicht bloß bei den fundi provinciales, wo es von jeher kein anderes Mittel gegeben hatte, um Dienstbarkeitsrechte zu errichten (Gaj. II. 31), sondern auch bei den praedia in italico solo. Denn gesetzt, daß man Grund hätte, dieß für die Zeit des Gajus zu bezweifeln, weil seine Institutionen uns nichts darüber berichten; so könnte es sein, daß wenig-

Digitized by Google

stens späterhin die tuitio praetoris weiter gegangen wäre. Um aber die Frage beantworten zu können, inwieferne hier die Publ. actio angewendet worden sei, wird man untersuchen müssen, inwieferne diese überhaupt bei Dienstbarkeitsrechten angewendet werden konnte und wirklich angewendet wurde. Folgende kurze, vielleicht zu kurze Andeutungen mögen wenigstens den sapientes meine Ansicht deutlich machen. 1) Es ist natürlich, daß man, sobald es eine Publ. actio gab, diese Klage auch anwendete, um denjenigen zu schützen, dem ein b. f. possessor eine Dienstbarkeit bestellt hatte: nämlich so daß man den b. f. p. als Eigenthümer fingirte, gleichsam als ob er usucapirt hätte. (Man vergesse nur nicht, daß die fictio usucapionis der formula Publicianae actionis wesentlich ist, und daß unmöglich eine usucapio servitutis fingirt werden konnte, weil es eine solche seit dem Scribonischen Gesetze, welches vielleicht älter ist, als die Publicische Klage, nicht mehr gab.) Dagegen 2) konnte sie nicht angewendet werden, wenn derjenige, dem ein Dienstbarkeitsrecht von dem Eigenthümer selbst, aber ohne in jure cessio oder mancipatio, bestellt war, durch tuitio praetoris geschützt werden sollte, (denn wie hätte hier erst der Bestellende als Eigenthümer fingirt werden sollen, und wie hätte eine solche fictio den obwaltenden Mangel heben können?): es ist also anzunehmen, daß vermittelst einer anderen fictio, die mit derjenigen, wodurch die Publ. actio sich auszeichnet, nichts gemein hat, die confessoria actio anwendbar gemacht wurde (indem man nämlich die mancipatio oder in jure cessio fingirte). Wie nun aber, wenn 3) weder das Eigenthum dessen, der die Dienstbarkeit bestellt hatte, bewiesen werden konnte, noch auch eine in jure cessio oder mancipatio erfolgt war? Auch hier wurde die Publ. actio angewendet (und mit Recht; denn auch hier mußte ficta usucapione der Bestellende als Eigenthümer ange-

Digitized by Google

nommen werden): obgleich man sie nicht rein anwenden konnte, sondern die fictio usucapionis mit einer fictio, gleich der im Falle 2. verbinden mußte. Dieser Fall 3. nun ist es, auf welchen die l. 11. §. 2. D. de Publ. 6. 2. bezogen werden muß. Dem Buchstaben nach könnte sie auch auf den Fall 2. bezogen werden, wie Zimmern thut: allein nothwendig ist es nicht, und in der Natur der Publ. actio liegen entscheidende Gründe für das Gegentheil. Also kann Zimmern das bei den Dienstbarkeitsrechten geltende Recht nicht für seine Ansicht von dem in bonis esse benutzen. Quod erat demonstrandum.

XVIII. Da Zimmern in seinem Aufsatze gelegenheitlich auch eine Ansicht über die Erwerbung der Früchte durch den b. f. possessor aufstellt, die von der meinigen abweicht; so könnte ich davon Veranlassung zu Gegenbemerkungen nehmen. Da indessen anderweitig eine neue Erörterung dieses Gegenstandes versprochen worden ist; so will ich lieber noch ein wenig warten, und vorläufig nur bemerken, daß er bis jetzt noch keineswegs genügende Gründe gefunden hat, seiner früheren Ansicht untreu zu werden.

Digitized by Google

II.

Zur Lehre von der usucapio pro herede,

von Prof. Unterholzner

in Breslau.

Im zweiten Jahrgange dieses Museums (S. 125-148) befindet sich ein schätzenswerther Aufsatz des Dr. Arndts über die usucapio pro herede, der mich zu einer weitern Prüfung dieser Lehre geführt hat, und dadurch die Veranlassung dieser Bemerkungen geworden ist. Es wird sich ergeben, daß zwar die in meiner Verjährungslehre gegebene Darstellung durch jenen Aufsatz wesentlich berichtigt worden ist, daß aber doch auch die Arndts'sche Darstellung eine Berichtigung erfodern dürfte.

Das Eigenthümlichste in der Abhandlung des Dr. Arndts betrifft die Wirkung, die der von Gaj. II. 57. erwähnte Hadrianische Senatsbeschluß in der Lehre von der usucapio pro herede hervorgebracht hat. Der Ansicht v. Savigny's folgend, nahm man bisher an, daß dieser Senatsbeschluß bloß den Fall betroffen habe, ubi quis sciens rem alienam usucapit, nicht aber jenen andern, ubi quis se heredem existimat. Der Vf. zeigt dagegen, daß man den Senatsbeschluß auf beide Fälle beziehen müsse: denn 1. es sei kein genügender Grund da, die Worte bei Gaj. II. 57. "ut tales usucapiones

Digitized by Google

revocarentur" auf den einen Fall einzuschränken [1]). 2. Die l. 20. §. 6. D. de her. pet. 5. 3. belehrt uns, daß nach einem unter Hadrian gemachten Senatsbeschlusse sowohl diejenigen "qui bona invasissent", als auch diejenigen "qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent", mit der hereditatis petitio sollten in Anspruch genommen werden können, obgleich sie aufgehört haben zu besitzen (freilich mit Unterschied: denn die Unredlichen haften vollständig, die Redlichen nur insoferne sie bereichert sind). Was ist nun natürlicher, als daß auch die hereditatis petitio, welche nach vollendeter Ersitzung gegen die Erbschaftbesitzer zugelassen wurde, nicht nur auf den Fall des unredlichen, sondern auch auf den Fall des redlichen Besitzes gieng? [2]) 3. In der l. 1. D. quor. bon. 43. 2. können die Schlußworte ("possidere, si nihil usucaptum esset") nicht füglich bloß von dem

---

1) Dieser Grund erhält erst seine volle Stärke, wenn man auch Gaj. II. 56. auf beide Fälle bezieht. ("Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur: nam sciens quisque rem alienam lucri facit.") Gewöhnlich gilt es als ausgemacht, daß die usucapio pro herede nur in dem ersten Fall eine lucrativa usucapio genannt worden sei, weil es heißt "nam sciens quisque rem alienam lucrifacit." Auch der Vf. zweifelt gar nicht daran. Ich aber halte dieß, nach meiner jetzigen Ueberzeugung, nicht für richtig. Die Worte "haec autem species possessionis et usucapionis" bezeichnen am natürlichsten die usucapio pro herede überhaupt: und was die Worte "nam sciens" u. s. w. betrifft, so wollen wir sagen: "denn jeder, sogar ein sciens rem alienam, hat von dieser usucapio Gewinn." Zweifel kann erregen Gaj. II. 60., wo die usureceptio fiduciae nur in dem einen Fall eine lucrativa usucapio genannt wird, wo keine Auslösung erfolgt war. Dieß ist aber ganz natürlich: denn im Fall der erfolgten Auslösung kann die usureceptio mit einer auf einem Kaufe beruhenden usucapio verglichen werden.

2) Ohnehin ist es wahrscheinlich, daß derselbe Senatsbeschluß, der von der hereditatis petitio gegen Nichtbesitzer handelte, auch über die hereditatis petitio gegen diejenigen etwas bestimmte, welche, weil sie die usucapio vollendet hatten, nicht mehr pro herede vel pro possessore, sondern pro suo besaßen: nur in einem besonderen *caput*.

Digitized by Google

Falle des unredlichen Besitzes verstanden werden. Der Vf. zeigt, daß die beiden Stellen, welche v. Savigny bewogen haben, die beschränkende Auslegung zu wählen (l. 2. C. quor. bon. 8. 1.; l. 3. C. de ed. D. Had. toll. 6. 33.), diese nicht rechtfertigen können. 4. Von der longi temp. praesc., die auch hier dem Rechte der usucapio folgte, wird ganz allgemein gesagt, daß sie dem hereditatem petens nicht entgegengestellt werden könne, ohne daß zwischen redlichem und unredlichem Erbschaftbesitzer unterschieden würde: vielmehr werden ausdrücklich die pro herede und die pro possessore possidentes nebeneinander genannt (l. 4. C. in quib. caus. cess. l. t. pr. 7. 34.; l. 7. C. de her. pet. 3. 31). Aus diesen Gründen folgert nun der Vf.: daß in Folge des Hadrianischen Senatsbeschlusses die usucapio pro herede zwar noch immer ipso jure Statt finde, aber gegen den Erben wirkungslos sei. Ich muß nach meiner jetzigen Ueberzeugung diesen Schluß billigen, halte es aber für wichtig, darauf aufmerksam zu machen, daß dadurch die usucapio pro herede noch nicht in jeder Beziehung wirkungslos ist: denn, wenn sie auch gegen den Erben erfolglos geworden ist; so behält sie ja immer noch ihre Wirksamkeit gegen jeden Andern als gegen den Erben [3]). Setzen wir z. B. daß ein Nichterbe, der die usucapio pro herede vollendet hat, den Besitz eines Erbschaftstückes verliert; so kann er auf den Grund seiner usucapio die Eigenthumsklage mit Erfolg anstellen, wenn nur nicht die Sache in die Hände des eigentlichen Erben gekommen ist: denn gegen den Erben

3) Nur wohl auch nicht gegen den fiscus, wenn dieser eine Verlassenschaft als erbloses Gut in Anspruch nimmt: denn daß man hier dem fiscus die Rechte eines Erben beilegte, sieht man daraus, daß eine eigenthümliche praescriptio quadriennii nöthig schien, um die Ansprüche des fiscus zu beschränken.

Digitized by Google

würde er sich der her. pet. bedienen müssen, und bei dieser wird die usucapio nicht mehr beachtet. Durch diese Bemerkung wird die Ansicht des Vf.'s über die usucapio pro herede erst recht haltbar: denn nun braucht man die Stellen, welche aus der Zeit nach dem Hadrianischen Senatsbeschluß herrühren und von der usucapio pro herede als von etwas Wirksamem sprechen, nicht auf eine gezwungene Weise zu erklären. — Durch den Hadrianischen Senatsbeschluß wäre demnach überhaupt kein Unterschied gemacht zwischen redlichem und unredlichem Erbschaftsbesitze: es müßte also die usucapio pro herede (in der Beschränkung nämlich, wie sie seit jener Zeit noch gilt) auch im Justinianischen Rechte dem unredlicheu Erbschaftbesitzer zu Statten kommen, wenn sie nicht aus einem andern Grunde für diesen Fall ausgeschlossen wäre. Der Vf. sucht den Grund in der Einführung einer accusatio expilatae hereditatis unter M. Aurelius Antoninus: und allerdings ist wahrscheinlich, daß eine Besitzergreifung, die jetzt als etwas Strafbares angesehen wurde, nun nicht mehr Grundlage einer usucapio bleiben konnte. Wie dem auch sei, gewiß ist, daß im Justinianischen Recht jede Spur einer dem unredlichen Erbschaftbesitzer zustehenden usucapio pro herede verwischt ist: ihre Wirksamkeit bleibt also auf Fälle beschränkt, wo jemand, der sich für den Erben hält, es mit einem Gegner zu thun hat, der sich ebenfalls für den Erben hält und noch überdieß den Besitz für sich hat. Gegen diesen wäre mit der her. pet. nichts auszurichten, weil das eigene Erbrecht nicht erweislich ist: nur eine specialis in rem actio hilft, und nur wegen der usucapio pro herede. (Wider einen Gegner, der pro possessore besitzt, bedarf es der usucapio nicht, weil auch vor deren Vollendung eine wirksame Publ. actio zugelassen werden muß: aber die Möglichkeit einer solchen rechtfertigt sich eben durch die Statthaftigkeit der

Digitized by Google

usucapio pro herede, weil überhaupt die Publ. mit der Möglichkeit der usucapio zusammenhängt).

Ueber Gaj. II. 58. III. 201. äußert sich der Vf. nicht ausführlich: man sieht aber, daß er der gewöhnlichen Meinung folgt, als habe der Hadrianische Senatsbeschluß eine besondere Ausnahme zum Nachtheile der necessarii heredes gemacht (wie denn auch ich in meiner Verjährungslehre diese Ansicht vorgetragen habe). Es sei erlaubt, hier die Ergebnisse einer nähern Prüfung einzuschalten. Gaj. II. 58. sagt: "Et necessario tamen herede extante ipso jure, pro herede usucapi potest." (Statt *et* setzt Göschen *sed*, was schwerlich eine Verbesserung ist. Besser scheint *at*: denn *attamen* kömmt nicht selten durch Zwischenschiebung eines Worts getrennt vor. Vgl. Cic. orat. III. 4. Brut. 4.) Wenn man nicht II. 58. mit II. 57. in eine besondere Verbindung bringt; so sagt die Stelle bloß, daß eine usucapio pro herede auch möglich sei, wenn die Erbfolge ipso jure eintritt (was bei den necessarii heredes vorkömmt). Dieß konnte bezweifelt werden (wie es denn auch wirklich bei den sui et necessarii heredes nicht Statt fand, l. 2. C. de usuc. p. her. 7. 29.): denn da mit dem Tode des Erblassers sofort ein neuer Herr an die Stelle trat; so konnte man meinen, daß wenigstens eine unredliche Besitzergreifung ein furtum sei und folglich die usucapio ausschließe. Das *attamen* freilich scheint die Anknüpfung an das unmittelbar Vorhergehende zu rechtfertigen. Allein da nach dem Hadrianischen Senatsbeschluß die usucapio pro herede nicht für unmöglich erklärt, sondern nur in gewisser Beziehung erfolglos gemacht wird; so kann damit die Zulässigkeit der usucapio pro herede gegen den necessarius auf keinen Fall einen Gegensatz bilden. Die zweite Stelle (Gai. III. 201) lautet also: "Rursus ex diverso interdum (*rem*) alienam occupare et usucapere concessum est, nec

Digitized by Google

creditur furtum fieri: velut res hereditarias, quarum hr [d. h. *heres*] n [? d. h. *non*] e [? d. h. *est*] nactus possessionem: etsi [die Hdsch. hat *nisi*, oder vielmehr das dafür übliche Zeichen: offenbar unrichtig] necessarius esset; nam necessario herede placuit, ut pro herede usucapi possit." So gelesen sagt die Stelle offenbar nichts weiter, als daß auch bei Verlassenschaften, die an einen necessarius heres fallen, keine Entwendung begangen und die usucapio pro herede nicht ausgeschlossen wird. Günstiger für die gewöhnliche Erklärung ist E. Huschke's Ergänzung dieser Stelle (Stud. d. röm. R. Bd. 1. S. 300. 301.), die jedoch mit den Schriftspuren nicht so recht übereinstimmen will.

Der Vf. sucht bei Gelegenheit auch darzuthun, daß die hereditatis petitio immer eine reine in rem actio sei, und nicht eine mixta personalis actio, wie es in l. 7. C. de her. pet. heißt. Nun hat er freilich Recht, wenn er sagt: man dürfe die Natur einer Klage nicht nach dem Gegenstande der condemnatio, sondern nach der intentio bestimmen, und man wird ihm daher auch allerdings zugeben müssen, daß die h. p. eine rein dingliche Klage sei, insoferne sie (was allerdings der gewöhnliche Fall ist) gegen denjenigen gerichtet wird, der körperliche Erbschaftssachen besitzt oder als Besitzer behandelt wird. Allein die h. p. findet auch Anwendung, wenn wir eine ausstehende Forderung, die uns durch Erbfolge zugefallen ist, in Anspruch nehmen wollen, und der Schuldner die Zahlung aus dem Grunde verweigert, weil er unser Erbrecht bestreitet. Daß hier die Klage ihrem ursprünglichen Wesen nach persönlich (auf ein dare facere oportere gerichtet) ist, leuchtet bald ein: und es kann nur die Frage sein, ob die Natur einer persönlichen Klage dadurch verloren geht, daß bei der Wendung, welche die Sache nimmt, nicht über das dare oportere,

Digitized by Google

sondern über das heredem esse gestritten wird. Mir ist gar kein Zweifel darüber, daß die ursprüngliche Natur bleibt: eben so wie die rei vindicatio eine dingliche Klage bleibt, wenn dieselbe nicht durch eine petitoria formula, sondern durch Vermittelung einer sponsio verfolgt wird, obgleich der Anspruch nunmehr so gewendet ist, daß zunächst nicht über das rem meam esse, sondern über die summa sponsionis, also über ein dare facere oportere gestritten wird. Insoferne übrigens der Vf. gegen Roßhirt kämpft, der die hereditatis petitio überhaupt zu einer "reinen Personalklage" macht, wird man ihm unbedenklich beistimmen müssen.

Digitized by Google

III.

Ueber den Besitzerwerb eines Kindes, zu L. 32. §. 2. D. und L. 3. C. de adquir. poss.

Von Puchta.

Der Besitz wird animo et corpore erworben. Der Animus, denn auf dieses Erforderniß haben wir uns hier zu beschränken, besteht in der affectio tenendi [1]), der Erwerber muß den Willen haben, die Sache seiner Gewalt zu unterwerfen, man kann auch sagen, die Sache zu haben, wenn man diesem Wort die bestimmtere Bedeutung des römischen tenere unterlegt [2]). Daher sind Personen, die in Folge ihres geringen Alters eines solchen Willens unfähig sind, Kinder, unfähig Besitz zu erwerben, sey es daß sie so jung sind, daß ihnen gar kein wirklicher, mit Bestimmtheit erkennbarer Wille zugeschrieben werden kann, oder daß, wenn sie auch schon wollen können, doch nicht jener feste, auf ein dauerndes Verhält-

1) L. 1. §. 3. h. t. Der Ausdruck affectio rei in L. 26. C. de donat. ist schon unbestimmter.

2) Das Wort "haben" ist an sich unbestimmter, es will jemand eine Sache haben, auch wenn er sie nur zur Besichtigung für einen Augenblick in die Hand nehmen will, während das Wort tenere auch die Bedeutung des Behaltens oder Behauptens, eines nachhaltigeren Habens, in sich schließt, auf welches der Wille beim Erwerb des Besitzes gerichtet seyn muß.

Digitized by Google

niß gerichtete Wille, wie er zum Besitzerwerb gehört, bei ihnen anzunehmen ist [3]).

Indem wir die Personen, von deren Besitzerwerb gehandelt werden soll, auf diese Art bestimmt haben, können wir die Frage ganz bei Seite lassen, ob das römische Recht auch hier für die Grenze der infantia eine bestimmte Anzahl von Jahren angenommen, also die an sich unbestimmte Altersbezeichnung auch in dieser Materie in eine bestimmte verwandelt, oder ob es hier den individuellen Maßstab beibehalten hat? Denn auch im ersten Fall wird der Begriff der infantes für unsere Materie, als der Personen, welche wegen ihres geringen Alters jenes beim Besitzerwerb erforderlichen Willens unfähig sind, keineswegs aufgehoben, sondern nur statt der individuellen Anwendung desselben ein für allemal angenommen, daß die Fähigkeit vor dem Alter von sieben Jahren nicht eintrete. Bei der einen wie bei der andern Annahme haben wir infantes ohne allen Willen, und infantes ohne jenen bestimmten Besitzwillen zu unterscheiden. Nur entsteht bei der Annahme einer absoluten Infantia (welcher übrigens die factische Natur des Besitzes und ihr überwiegender

3) Vgl. Savigny R. d. Bes. §. 21. Nur scheint es mir nicht richtig, wenn die Personen, von denen dort die Rede ist, insgesammt als solche, die überhaupt nicht wollen können, bezeichnet werden, denn dieß gilt zwar von den juristischen Personen, den Wahnsinnigen und ganz kleinen Kindern, keineswegs aber von allen denen, die als Kinder des Besitzerwerbs unfähig sind, wie sich aus der im Text gemachten Unterscheidung ergiebt. — Mit jenem Ausdruck stimmt es nicht überein, wenn Savigny am Ende des cit. §. (S. 255. Not. 2.) behauptet, es verstehe sich von selbst, daß ein Kind der Detention fähig sey; denn wenn unter Detention der natürliche Besitz verstanden wird (nicht nach Art vieler Naturrechtslehrer das bloße körperliche Verhältniß zur Sache), so daß man also nicht sagen kann, der Schlafende, dem man die Sache in die Hand gegeben hat, habe die Detention derselben, so muß vielmehr das Gegentheil behauptet werden. Ohne Willen, ohne die affectio tenendi, läßt sich eben so wenig der natürliche, als der juristische Besitz denken.

Digitized by Google

Einfluß auf seine Theorie ebensowenig entgegensteht, als die gleiche Determinirung der Pubertät für die Ehe durch solche Gründe ausgeschlossen ist) [4] die Frage, ob dadurch nur die Präsumtion gegeben seyn soll, daß vor jenem Alter der Besitzwille nicht vorhanden sey, oder auch die, daß er nach Erreichung desselben existire, also infantia majores schlechthin des Besitzerwerbs fähig seyen? [5])

Dieser Unfähigkeit der Kinder, Besitz zu erwerben, ist in unserem Rechte durch verschiedene Abweichungen von der gemeinen Regel zu ihrem Gunsten abgeholfen. Die erste dieser Abweichungen ist, daß der Tutor für das Kind soll Besitz erwerben können, ungeachtet der Repräsentant sonst den Erwerber nur im Corpus, nicht im Animus vertreten kann, also gegen die Regel, welche am bündigsten Paulus (sent. rec. V. 2, 1.) so ausdrückt: possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Diese Abweichung bedarf keiner näheren Erörterung, eine Erklärung derselben wird unten gelegentlich vorkommen. Die zweite ist, daß das Kind tutore auctore soll Besitz erwerben können. Dieß sagt die erste der beiden in der Ueberschrift genannten Stellen, es ist denn auch von unseren Juristen allgemein angenommen, und nur die Art, wie dieser Erwerb zu betrachten ist, bedarf noch einer weiteren Erklärung. Mit dieser zweiten steht, wie sich

4) Es ist nicht meine Absicht, diesen noch immer streitigen Punkt zu entscheiden, da die folgende Untersuchung davon unabhängig ist. Nur dieß sey beiläufig bemerkt, daß man sich für die natürliche und individuelle Bestimmung der infantia nicht auf die Umschreibung: qui fari non potest, berufen darf, denn dieß sagt nicht mehr als infans, und man könnte sich eben so gut auf den Gebrauch dieses Worts berufen, was aber nur beweist, daß es ursprünglich eine unbestimmte Altersbezeichnung ist, so gut wie impubes, die aber eben so wie diese späterhin allgemein in eine bestimmte verwandelt werden konnte.

5) Savigny a. a. O. S. 242. Not. 1.

Digitized by Google

aus der Erklärung derselben ergeben wird, eine dritte Abweichung, die in der zweiten Stelle enthalten ist, in Verbindung, und diese nachzuweisen und zu bestimmen, wird der eigentliche Gegenstand dieser Abhandlung seyn.

Paulus [6]) sagt in L. 32. §. 2. de adquir. poss.

> Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris. Utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest.

Der Inhalt dieser Stelle ist im allgemeinen folgender, und so weit ist er ganz unzweifelhaft. Ein Kind kann nicht Besitz erwerben, es besitzt daher nicht, wenn es den Besitz für sich allein erworben haben soll. Dagegen besitzt es, wenn es unter Autorität des Tutors die Apprehension vorgenommen hat. Diese Wirkung der auctoritas tutoris liegt nicht in ihrer eigentlichen Natur, ihrem Wesen nach ist sie weder nöthig, daher ein Pupill, der nicht Kind ist, ohne sie den Besitz erwirbt, noch ist sie hinreichend, den Besitz zu bewirken, wenn der Pupill nicht für sich allein Besitz erwerben kann.

Zweierlei aber bedarf hier einer näheren Erklärung: 1) die Bedeutung, welche hier der Auctoritas zuzuschreiben ist; 2) die Art, wie der Jurist sich über die in dem behaupteten Satz liegende Singularität ausdrückt.

Daß die Bedeutung der Auctoritas hier nicht ihre eigentliche seyn d. h. daß sie hier nicht als Auctoritas

---

6) Eine abweichende Lesart in der Inscription wird unten vorkommen.

Digitized by Google

schlechthin wirken kann, ist keinem Zweifel unterworfen [7]). Denn sie hebt nur eine juristische Handlungsunfähigkeit, die natürliche setzt sie vielmehr voraus, weshalb sie bei einem Wahnsinnigen undenkbar ist. Das Kind ist aber natürlich unfähig zur Handlung des Besitzerwerbs, welche hier nur nach ihren natürlichen Erfordernissen betrachtet wird. Man könnte nun denken: wenn man den juristischen Charakter der Auctoritas, der sonach hier nicht in Anschlag kommen kann, wegnehme, so bleibe als das natürliche Fundament derselben der Consensus übrig (auf ähnliche Weise, wie man wohl gesagt hat, das natürliche Element der Mancipation sey die Tradition), mithin wirke die Auctoritas hier als Consensus. Abgesehen aber von dem Bedenklichen, was dergleichen Niederschläge aus juristischen Handlungen gewöhnlich an sich haben, würde sich hier etwas völlig unrichtiges daraus ergeben. Der Consensus setzt nicht weniger als die Auctoritas die natürliche Handlungsfähigkeit, also die Fähigkeit zu der natürlichen Handlung, die einer juristischen zu Grunde liegt, ihren Körper ausmacht, ja noch mehr, er setzt überdieß auch die juristische Handlungsfähigkeit des mit Consens Handelnden voraus [8]). Der Consensus unterscheidet sich eben dadurch von der Auctoritas, daß er keinen Mangel an Handlungsfähigkeit zu heben vermag, während der Charakter der letzteren gerade in dieser Ergänzung, nur, ihrem eigentlichen Wesen nach, nicht der natürlichen, sondern der juristischen Handlungsfähigkeit besteht. Gerade einer Ergänzung aber bedürfen wir hier, und diese drückt denn auch der Jurist mit den Worten aus: nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris.

7) Savigny a. a. O. S. 243.

8) L. 101. de V. O.

Digitized by Google

Wenn somit von der Bedeutung der Auctoritas so viel gewiß ist, daß dieselbe auch hier in der Ergänzung der Handlungsfähigkeit besteht, insoweit also unsere singuläre Anwendung derselben mit der eigentlichen übereinstimmt, so erklärt sich daraus auch vollständig, warum die römischen Juristen dieses Wort hier, wo es auf den ersten Anblick so unpassend scheint, und nicht einen anderen Ausdruck statt desselben gebrauchen. Die Singularität dieser Anwendung besteht also nur darin, daß dadurch der Mangel natürlicher Handlungsfähigkeit gehoben werden soll. Nun aber ist noch die Frage zu beantworten, wie wir uns diese Ergänzung zu denken haben?

Die Ergänzung juristischer Handlungsfähigkeit ist selbst etwas juristisches, aus rechtlicher Bestimmung sich herschreibendes, das Recht, welches den Impubes zu gewissen Rechtsgeschäften unfähig macht, bestimmt auch die Voraussetzung, unter welcher er fähig seyn soll. Eben so muß die Ergänzung der natürlichen Fähigkeit eine natürliche seyn, mit andern Worten: es muß in der Auctoritas, welche die natürliche Unfähigkeit des Kindes, Besitz zu erwerben, heben soll, etwas liegen, wodurch dieselbe wirklich (factisch, auf natürlichem Wege) wo nicht gänzlich gehoben, doch wenigstens so weit gemindert wird, daß der Jurist bei dem noch übrigen Mangel, so zu sagen, ein Auge zudrücken, und die Fähigkeit für vorhanden erklären kann. Dieß ist denn wirklich der Fall und es ist daher ganz eigentlich zu verstehen, wenn der Jurist, um seine Worte nochmals zu wiederholen, sagt: judicium infantis suppletur auctoritate tutoris.

Es tritt hier die Unterscheidung in Wirksamkeit, die wir oben zwischen Kindern, denen noch gar kein Wille, und solchen gemacht haben, denen nur nicht der feste, auf ein dauerndes Verhältniß gerichtete, welcher zum Besitzerwerb gehört, zugeschrieben werden kann. Was diesen

Digitized by Google

letzteren fehlt ist nicht der Wille überhaupt, wobei keine Ergänzung denkbar wäre, sondern nur die feste Richtung desselben, wie sie so eben bezeichnet worden ist. Diese Eigenschaft, welche sich auf die mit dem Willen verbundene Absicht bezieht (wodurch sich das von dem Juristen gebrauchte Wort judicium, und später sensus erklärt), trägt der Wille des Kindes nicht in sich, aber sie kann durch eine äußere Autorität, Weisung oder Befehl, wie man es nennen will, gegeben werden, welche das Kind nicht bloß zum Nehmen, sondern auch zum Behalten, mit einem Wort zum tenere bestimmt, und also wirklich das judicium infantis supplirt [9]).

Wir schränken hiernach die Wirksamkeit der Auctoritas, eben weil sie uns eine durchaus natürliche, nicht auf willkührlicher Festsetzung beruhende ist, auf den Besitzerwerb solcher Kinder ein, die nicht alles Willens überhaupt ermangeln, und es könnte jemand den Beweis dieser Einschränkung verlangen, da Paulus von dem infans überhaupt spricht. Es ist indessen kaum zu glauben, daß der, welcher sich den Fall selbst anschaulich machen will, auf diesen Beweis bestehen wird. Denn wer wird, wenn er von der Besitzergreifung durch ein Kind tutore auctore spricht, nicht die Zumuthung ablehnen, doch ausdrücklich zu betheuern, daß er dabei nicht an ein auf dem Arm der Wärterinn gehaltenes, ein säugendes, ein kaum erst geborenes Kind denke, zumal wenn er von der Supplirung des judicium infantis redet?

Der zweite zu erörternde Punkt ist die Art, wie der Jurist sich über die in dem behaupteten Satz, von dem Besitzerwerb des Kindes tutore auctore, liegenhe Singu-

9) Diese Erklärung wird sich noch vervollständigen durch den Gebrauch, welcher bei der Interpretation der zweiten Stelle davon gemacht werden wird.

Digitized by Google

larität ausdrückt: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem.

Dieß ist die florentinische Lesart der Stelle. Savigny hat dagegen aus einigen Handschriften eine andere Lesart als die richtige angenommen: nam alioquin nullus *consensus* infantis est *accipienti* possessionem, und hält dafür, daß in diesen Worten der Grund ausgedrückt werde, welcher zu der Aufstellung des singulären Satzes vermocht habe. Der Jurist berufe sich darauf, daß ja der Vormund für das Kind erwerben könne, ungeachtet sonst nur der, welcher selbst den animus possidendi hat, durch Stellvertreter erwerbe; wollte man läugnen, daß das Kind tutore auctore den Besitz erworben habe, so würde dieß aus dem Grund geschehen müssen, weil das Kind nicht jenen Willen, also die natürliche Fähigkeit zu der Handlung hat, aber aus diesem Grund würde man ja auch die Möglichkeit eines Erwerbs durch den Vormund läugnen müssen, welche doch ganz ausgemacht ist.

Diese Erklärung ist aus zwei Gründen unhaltbar. Einmal nämlich ist sie schon ihrem Inhalt nach unstatthaft, denn von dem Satz, daß der Tutor ohne Auftrag für den Pupillen Besitz erwerben kann, ist ein bedeutender Sprung zu dem, daß hier die Auctoritas eine Wirkung haben soll, die ihr eigentlich in keiner Rücksicht zukommt. Oder bestimmter ausgedrückt: der Fehler jener Argumentation besteht darin, daß angenommen wird, die Wirksamkeit der Auctoritas könnte nur aus dem Grund geläugnet werden, weil das Kind nicht die natürliche Handlungsfähigkeit habe (in welchem Fall das Argument zulässig wäre). Aber der Anwendung der Auctoritas widerspricht auch noch dieß, daß sie ihrem eigentlichen Wesen nach hier selbst gar nicht passend ist. Während der Erwerbung durch den Vormund als Stellvertreter nur

Digitized by Google

Ein Hinderniß entgegensteht, stellt sich der Erwerbung tutore auctore noch ein anderes entgegen, so daß hiernach von der Zulässigkeit jener auf die der letzteren kein Schluß stattfindet. Savigny hat dieß selbst kurz vorher zugegeben, indem er bei seiner eigenen Darstellung der Sache das zweite Hinderniß durch einen besondern Grund zu beseitigen versucht hat [10]). — Zweitens passen die Worte nicht zu der Erklärung. Vor allem wird jeder Leser nach den Worten: utilitatis *enim* causa hoc receptum est, *nam* ohnedieß als das natürlichste eine nähere Erklärung der Singularität, oder aber den Grund für den ganzen Satz: util. — rec. est erwarten, nicht den Grund bloß des receptum, der Aufstellung jenes Rechtssatzes, zumal wenn man den entscheidenden Umstand nicht übersieht, daß dafür der Jurist schon in den Worten: nam judicium infantis etc. den Grund angiebt. Sodann hat Savigny selbst wohl bemerkt, daß seine Erklärung die Worte: nam *et* alioquin voraussetzte; wenn er aber behauptet, nam alioquin stehe eben hier für nam et alioquin, so ist dieß an sich schon eine unzulässige Subintelligenz [11]), noch mehr aber wird sie unstatthaft, da ihr die folgenden Worte nicht entsprechen.

---

10) a. a. O. Dieser Grund besteht darin, daß man ja die ganze Handlung auch so betrachten könne, als ob der Tutor, welcher auctoritatem interponirt, selbst, im Namen des Kindes, den Besitz ergriffe. Durch diese Ansicht würde der Besitzerwerb eines Kindes in der That auf einen einzigen Fall, den des Erwerbs durch den Vormund als Repräsentanten, reducirt. Ich zweifle indessen, ob dann der Satz, daß das Kind tutore auctore Besitz erwerben könne, ein stehender bei den römischen Juristen hätte werden können, wie er es nach den vielen Stellen, worin er vorkommt, wirklich ist. Vollends aber wird diese Ansicht durch unsere Stelle ausgeschlossen, welche in den Worten: judicium inf. suppletur auct. tut. der Auctoritas entschieden eine besondere, ergänzende Bedeutung beilegt.

11) Es soll übrigens den Grammatikern überlassen seyn, zu entscheiden, ob überhaupt alioquin "in einem andern Fall" heißen kann, was wenigstens nicht die gewöhnliche Bedeutung ist.

Digitized by Google

Denn während Paulus sagen sollte: denn auch in einem andern Fall sehen wir über den Mangel des Willens weg, nämlich wenn der Vormund für das Kind Besitz erwirbt, — würde er nun folgendergestalt sich ausdrücken: denn auch in einem andern Fall kann das Kind nicht dem für es erwerbenden Vormund zustimmen, eine Redeweise, die in ihrem Zusammenhang mit den vorhergehenden Sätzen betrachtet, jedermann unleidlich vorkommen wird.

Da sonach diese Erklärung zu verwerfen ist, und auch außerdem die neue Lesart keinen annehmbaren Sinn giebt, so kehren wir zur florentinischen zurück, bei der sich übrigens leicht erklärt, wie ihr ungewöhnlicheres sensus durch einen Abschreiber in das geläufigere consensus verwandelt werden konnte. Hier begegnet uns eine schon in der Glosse gegebene Erklärung, wornach alioquin so viel heißen soll, als sine tutore auctore ("denn ohne die auctoritas hat das Kind keinen animus possidendi"). Gegen diese wendet Savigny ein, theils, daß ja das Kind auch mit der Auctoritas den sensus accipiendi possessionem nicht habe, theils, daß der ganze Satz dastehe, nicht um die Nothwendigkeit der Auctoritas zu beweisen, sondern um zu erklären, warum durch dieselbe Besitz erworben werden könne. Den ersten Grund, wenigstens so wie er ausgesprochen ist, beseitigt das oben über die Bedeutung der Auctoritas in unserem Fall bemerkte, ja die Aeußerung des Juristen von der Supplirung des judicium infantis selbst. Was aber den zweiten anlangt, so ermangelt derselbe alles Beweises, in der That könnte möglicherweise und abgesehen von dem wirklichen Ausdruck, eben sowohl das eine als das andere, der Ausdruck der Nothwendigkeit der Auctoritas so gut als des Grundes des Erwerbs mittelst derselben, die Absicht des Juristen gewesen seyn. Aber auch keines von

Digitized by Google

beiden; denn es giebt noch ein drittes, und dieß scheint das richtige zu seyn, da es dem gewöhnlichen Gebrauch des Worts alioquin entsprechend, und dem ganzen Zusammenhang am angemessensten ist.

Unser Satz, in unmittelbarer Verbindung mit dem utilitatis enim causa hoc receptum est, hat keine andere Absicht, als diese Aeußerung zu erklären, also die Singularität näher nachzuweisen. Es liegt nämlich in dem Rechtssatz, daß das Kind tutore auctore Besitz erwirbt, wie sich aus den obigen Bemerkungen über die Bedeutung der Auctoritas ergiebt, eine doppelte Abweichung von der gemeinen Regel. Die erste besteht in der Anwendung der Auctoritas auf den Besitzerwerb überhaupt, die zweite darin, daß man überdieß doch nicht schlechthin sagen kann, der Mangel des animus possidendi sey durch die Direction, welche der Wille des Kindes durch die Autorität des Vormundes erhält, vollständig gehoben, es geschieht dieß nur soweit, daß man über das, was noch fehlt, allenfalls hinweg sehen kann, was denn aber eben eine Abweichung von dem geraden Weg der Consequenz ist. Der Sinn unseres Satzes ist daher, mit den vorhergehenden zusammengenommen, der, welchen folgende wörtliche Uebersetzung darstellt:

> Ein Kind besitzt in Wahrheit, wenn es unter Autorität seines Tutors angefangen hat, denn der Verstand des Kindes wird ergänzt durch die Autorität. Dem Bedürfniß nämlich nachgebend hat man dieß angenommen, denn sonst freilich (abgesehen von jener Nachgiebigkeit, also streng genommen) fehlt dem Kind der auf die Gewinnung des Besitzes gerichtete Sinn (wogegen ein Pupill auch ohne Autorität des Tutors Besitz erwerben kann).

Digitized by Google

Die zweite der in der Ueberschrift angegebenen Stellen ist ein sechzehn Jahre nach dem Tode des Alexander Severus erlassenes Rescript von Decius:

> Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam, alioquin, sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri.

Savigny [12]) hat eine Uebersicht der verschiedenen Interpretationsversuche gegeben, denen diese Stelle seit dem Mittelalter unterworfen worden ist, und die bedeutenderen Erklärungen in drei Classen gebracht. Nach der ersten Meinung, die auch Savigny annimmt, ja von der er sagt, Donellus habe sie aus dem innern Zusammenhang der Stelle so vortrefflich entwickelt, daß aller Streit seitdem als geendigt hätte betrachtet werden sollen, soll darin nur die Möglichkeit des Besitzerwerbs unter Autorität des Vormundes, wie in der vorigen Stelle, ausgesprochen werden, nach einer zweiten Meinung dagegen der Satz, daß das Kind auch ohne den Vormund Besitz erwerben könne, während eine dritte, media sententia, mit Beziehung auf das Wort interim den Besitzerwerb ohne den Vormund einstweilen d. h. unter Voraussetzung der nachfolgenden Auctoritas eintreten läßt.

Diese dritte Meinung, die einzige, welche sich nicht schon in der Glosse findet, ist vielleicht dadurch veranlaßt worden, daß bei der Darstellung der beiden andern das Wort interim ungebührlich vernachlässigt zu werden

12) a. a. O. S. 252 ff.

Digitized by Google

pflegte. Uebrigens hat sie das nicht seltene Schicksal der Mittelmeinungen, die schlechteste von allen zu seyn. Denn ihr zu Folge würde etwas an sich unstatthaftes, der Besitzerwerb eines Kindes, in Erwartung von einem andern unstatthaften, einer nachgebrachten Auctoritas (L. 9. §. 5. de auctor. tut.) gültig seyn. Hier giebt es in der That nur zwei Fälle, entweder ist die Apprehension ohne Auctoritas wirksam, oder nicht; ist jenes, so bedarf es keiner nachfolgenden Auctoritas, ist dieses, so kann sie die Unwirksamkeit jener Apprehension nicht beseitigen.

Die zweite Meinung scheint die älteste zu seyn [13]; aber indem man das Bedürfniß empfand, den scheinbar ganz abnormen Satz zu erklären, sind verschiedene Unterarten derselben entstanden. Unter diesen abweichenden Gestalten ist vielleicht (s. Not. 13.) diejenige die älteste [14], wornach der Besitzerwerb ohne den Vormund nur bei solchen Gegenständen angenommen werden soll, welche ein Kind so zu interessiren vermögen, daß man ihm allenfalls wirklich einen animus, sie zu besitzen, zuschreiben kann. An dieser Ansicht, welche Cuperus sehr grob abfertigt, ist gerade das lobend anzuerkennen, was man an seiner eigenen Darstellung vermißt, nämlich das Bestreben, die Sache wirklich und von innen heraus zu begreifen, wie dieß bei vielen naiven, und darum einem

13) Dieß läßt sich einmal daraus entnehmen, daß zu dieser Stelle eine Glosse des Irnerius angeführt wird, die nichts von der Voraussetzung eines nicht angegebenen Umstandes, wie der auctoritas tutoris enthält, dann aber schreibt Azo eine besondere Form dieser Meinung den veteres zu, während er unmittelbar darauf den der dritten Generation der Glossatoren angehörenden Joannes für die erste Meinung anführt. (Anderer Meinung ist Savigny, der vielmehr die erste Meinung für die älteste hält.) Natürlich ist bei dieser Bestimmung des Alters nur die Zeit seit dem Wiedererwachen der Jurisprudenz gemeint; Data für die frühere Zeit fehlen, aus den Basiliken läßt sich mit Bestimmtheit nicht mehr entnehmen, als aus dem Original selbst.

14) Sie findet sich übrigens auch noch in späteren Zeiten.

Digitized by Google

hohlen Spott ausgesetzten Aeußerungen der Glossatoren der Fall ist. Billigen aber läßt sie sich allerdings keineswegs, unter andern weil diese Unterscheidung der Gegenstände (wobei gerade die wichtigsten ausgeschlossen werden) willkührlich in die Stelle hineingetragen ist, und weil die Stelle vielmehr voraussetzt, daß das Kind für sich nicht den animus possidendi habe.

Eine andere Art der zweiten Meinung ist die Ansicht, daß jener Satz bloß von Schenkungen gelte. Duarenus hat diese Meinung auf eine Art vertheidigt, welche die Widerlegung sehr leicht macht. Die Stelle widerspreche der L. 1. §. 3. und L. 32. §. 2. h. t., aber sie enthalte eben eine singuläre Ausnahme, die man ebendeshalb möglichst, also auf den Fall einer Schenkung beschränken müsse. Nun will er doch noch innere Gründe angeben, welche den Kaiser bewogen haben könnten, hier eine Ausnahme zu machen. Da denkt er denn vor allem daran, daß bei diesem Vertrag keine Verbindlichkeit übernommen werde, ein Pupill also ohne Auctoritas sich beschenken lassen könne, was eine höchst ungeschickte Verwirrung des eigentlichen Gegenstandes der Untersuchung mit gar nicht hieher gehörenden, fremdartigen Dingen ist. Dann bemerkt er, die Kinder pflegten den Willen zu haben, das zu behalten, was man ihnen in die Hand giebt, aber er macht davon nur den Gebrauch, den Satz auf bewegliche Sachen zu beschränken (als wenn bewegliche Sachen die wären, die man in die Hand nehmen kann), und jener Umstand ist ihm so wenig wesentlich, daß er gleich darauf behauptet, auch ein furiosus könne mit Zustimmung seines Curators Besitz ergreifen. Wie der ganze Ideengang der Stelle mit seiner Annahme in Einklang zu bringen wäre, darüber ist weder bei ihm, noch in der Betrachtung der Stelle selbst ein Aufschluß zu finden. — Giphanius, welcher in den von seinem Sohn heraus-

Digitized by Google

gegebenen explanationes Codicis derselben Meinung ist [15]), läßt am Anfang seiner Erörterung weit mehr erwarten, als er am Ende giebt. Er findet nämlich den Grund, warum ein Kind tutore auctore den Besitz erwirbt, wirklich darin, daß es dem Kind nicht an allem Willen fehlt, und daß daher infans adjuvari potest. Aber daß das Kind durch Schenkung ohne Auctoritas Besitz erwerben kann, ist ihm (gegen den Inhalt der Stelle selbst) doch nur eine reine Ausnahme von der Regel, wornach die Auctoritas nothwendig sey.

Nach einer dritten Unterart der zweiten Meinung soll der Besitzerwerb ohne Auctoritas bei jeder Tradition gelten. Cuperus, der diese Meinung hat, weiß keinen positiven Grund dafür anzugeben; er sagt nur, wenn man hier den Besitzerwerb läugnen wollte, weil das Kind keinen animus possidendi habe, so müßte man ihn auch läugnen, wenn es tutore auctore oder der Vormund für dasselbe Besitz ergreife, denn auch hier müßte es eigentlich jenen Animus haben. Es ist leicht einzusehen, daß damit zu viel bewiesen wird, denn derselbe Grund würde auch beweisen, daß das Kind ohne Tradition, durch Occupation Besitz erwerben könne. Daß jene drei Fälle etwas negatives mit einander gemein haben, das reicht noch nicht hin, um den dritten zu begründen, erst wenn auch etwas positives und zwar gerade das wesentliche ihnen gemeinschaftlich ist, läßt sich ein gültiger Schluß

15) In den nach dem Heft eines Zuhörers unmittelbar nach dem Tod des Autors herausgegebenen lecturae Altorfinae wird die Sache (zu L. 26. C. de donat. und zu L. 3. C. h. t.) so vorgetragen, daß die tutoris auctoritas schlechterdings vorausgesetzt, ja sogar der Erwerb durch den Vormund als Repräsentanten verworfen wird. Den letzten Satz unserer Stelle: alioquin etc. erklärt er nämlich in dem Sinn, den der mit demselben Wort beginnende Satz der L. 32. §. 2. D. h. t. nach der Meinung der Glosse hat (s. oben die Erklärung der ersten Stelle), während doch offenbar das Futurum poterit in unserer Stelle die Kraft des Conjunctivs hat.

Digitized by Google

von dem einen auf den andern machen. Einem Kaiser war es verstattet, den positiven Grund stillschweigend durch die Disposition selbst zu geben, und den negativen ausdrücklich herauszuheben, von einem Interpreten verlangen wir vor allem die Nachweisung des ersteren.

Die erste Meinung endlich, nach welcher das Rescript voraussetzen soll, daß das Kind tutore auctore Besitz ergriffen habe, hat seit dem Glossator Joannes, der zuerst für diese Meinung (von Azo und Accursius) genannt wird, die Autorität sehr vieler Juristen, in neuester Zeit Savigny's für sich, und sie hat schon deshalb Anspruch auf sorgfältige, ausführliche Prüfung, bei welcher die Darstellung von Donellus und Savigny zu Grunde gelegt werden soll. Indem wir dabei die einzelnen Aeußerungen der Stelle selbst, inwiefern sie dieser Meinung günstig sind oder nicht, beleuchten, wird es zur Erleichterung der Berufung auf diese Bemerkungen, die zugleich Beweise für die unten zu gebende Erklärung seyn werden, dienlich seyn, sie durch Nummern zu unterscheiden.

1) Donellus beruft sich vor allem darauf, daß die Auctoritas recht wohl in dem Rescript als eine bekannte Voraussetzung unerwähnt bleiben konnte, wie denn insonderheit die Stelle als Theil des Corpus Juris durch die übrigen Stellen, namentlich die von uns zuerst erklärte und L. 1. §. 3. h. t. zu suppliren sey [16]). Diese Möglichkeit muß denn auch zugegeben werden, zumal da Do-

16) Uebrigens darf auf diese letztere Stelle und ihre Worte: furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere (was aber Donellus selbst nicht thut) nicht ein größeres Gewicht gelegt und etwa behauptet werden, ihre Absicht sey, den Besitzerwerb des Kindes ohne Auctoritas überall auszuschließen. Denn die Stelle spricht nicht von Kindern, sondern von Pupillen insgemein, und von diesen konnte es nicht die Absicht seyn, die Nothwendigkeit der Auctoritas ausschließlich zu behaupten. Wie nun der Jurist selbst nachher eine Modification hinzufügt, so sind noch andere Modificationen denkbar, von welchen er nicht spricht.

Digitized by Google

nellus die Voraussetzung keineswegs ohne weiters macht, sondern, wie auch Savigny, nachzuweisen sucht, daß sie in der Stelle selbst enthalten sey [17]). Aber das versteht sich von selbst, daß diese Voraussetzung unstatthaft wird, so wie Aeußerungen der Stelle selbst sich nicht mit derselben erklären lassen, oder ihr wohl gar geradezu widersprechen.

2) Eine solche widersprechende Aeußerung nun enthalten gleich die Anfangsworte: Donatarum rerum *a quacunque persona* infanti vacua possessio tradita, und sie sind von um so größerem Gewicht, weil es gerade die sind, welche den zu entscheidenden Fall kurz bezeichnen sollen. Sowohl Donellus als Savigny gleiten über diese Worte stillschweigend hinweg. Der Fall ist so kurz wie möglich ausgedrückt, haben die Worte a quacunque persona keine besondere Bedeutung, so würde der Jurist, welcher dieses Rescript concipirte, sie sicherlich ebenso weggelassen haben, wie jene Interpreten. Ueberhaupt aber ist die Annahme, daß Worte nichts bedeuten, immer erst die äußerste, die zuletzt ergriffen werden muß. Die Glosse erklärt diese Worte durch den Beisatz sive conjuncta sive non, aber das vielmehr bedarf einer Erklärung, wie überhaupt eine Aeußerung über die Person des Tradenten gemacht werden konnte. Dieß ist völlig unerklärlich, wenn hier von einem Besitzerwerb tutore auctore die Rede ist, denn da ist der Tradent so gleichgültig, daß dieser Besitzerwerb auch ohne Tradition, durch Occupation vor sich gehen kann. Daß hier nicht allein die Tradition erwähnt (das würde noch gar nichts entscheiden), sondern auch der Tradent nachdrücklich hinzugefügt wird, a quacunque persona, zeigt augenscheinlich, daß ein Satz ausgesprochen

17) ne forte, sagt er, istorum conciliandorum causa ad aliquam divinationem non necessariam confugiamus.

Digitized by Google

werden soll, für welchen die Existenz eines Tradenten von Bedeutung ist, und dieser Satz kann daher nicht ein solcher seyn, bei dem die Tradition ganz gleichgültig wäre, er kann also nicht der seyn, daß der Besitz tutore auctore erworben ist. So viel einstweilen; denn der Gedanke, der diesen Worten wirklich zu Grunde liegt, soll unten ausgeführt werden.

3) Die erste Bestätigung seiner Erklärung findet Donellus und auch Savigny in dem Ausdruck *corpore quaeritur*. "Aus diesem Worte", sagt der Letztere, "folgt offenbar, daß nicht in dem Kinde selbst, gegen die Regel, animus angenommen werden, sondern bloß die körperliche Handlung desselben eine gültige Apprehension seyn soll. Da nun bei allem Besitz auch animus nöthig ist, so muß hier der animus außer dem Kinde vorhanden seyn, also — in der Auctoritas des Vormunds liegen." Mit dieser Argumentation können wir uns einverstanden erklären bis auf den Schluß, der ganz und gar nicht daraus folgt. Das corpus ist vollständig im Kinde dargestellt, der animus nicht, diesen, als vollständigen Animus, finden wir im Kind nicht, wir müssen ihn also auswärts suchen, aber warum gerade in der Auctoritas des Vormunds? Diese Folgerung würde voraussetzen, daß kein Erwerb als mit dem Vormund möglich ist, und das ist allerdings Savigny's Meinung; aber diese soll ja erst bewiesen, und kann also nicht schon während des Beweises als gewiß vorausgesetzt werden. Könnten wir denn nicht dieses Auswärts viel näher suchen, als bei dem nicht erwähnten Vormund, nämlich bei dem erwähnten Tradenten? Doch dieß wird unten erörtert werden; hier genügt es gezeigt zu haben, daß ohne petitio principii aus dem Wort corpore nichts für die zu prüfende Meinung folgt.

4) Eine zweite Bestätigung findet man in der nun in der Stelle folgenden Erwähnung einer Controverse über

Digitized by Google

diesen Punkt; in L. 32. §. 2. h. t. werde von dem Besitzerwerb tutore auctore gesagt: receptum est, vorher sey natürlicherweise das Gegentheil auch von Schriftstellern behauptet worden. Möglich, aber auch weiter nichts; unsere Stelle könnte, wenn sie überhaupt vom Besitzerwerb tutore auctore handelte, eine Controverse über diesen Punkt, aber eben so gut, wenn sie einen andern Inhalt hat, auch über einen andern meinen. Daraus ist also schlechterdings nichts für den Beweis jener Meinung zu entnehmen. Zwar glaubt Donellus dieß zu können, indem er versichert, der Satz, daß das Kind ohne den Vormund nicht Besitz erwerben könne, sey nie bestritten worden. Aber gegen diese Versicherung läßt sich mit gleichem Recht die Gegenversicherung machen, gerade unsere Stelle bestreite diesen Satz, und nach ihrer Aeußerung sey er auch wohl schon von früheren Juristen bestritten worden. Wer darf ohne allen äußeren Grund jene Behauptung in einer Materie wagen, bei welcher die juristische Consequenz für sich allein nicht entscheidet? Nichts ist natürlicher, als daß die völlige Entwickelung einer solchen Materie, wie der Besitzerwerb eines Kindes, nur Schritt vor Schritt vor sich geht, und jedem weiteren Fortgang ein Widerstand sich entgegensetzt [18]). — Während also diese Erwähnung einer Controverse nicht das mindeste zur Bestätigung der zu prüfenden Meinung beiträgt, folgt nun wiederum eine Aeußerung, die ihr sogar im Wege steht.

5) Der Ausdruck, daß *interim* der Besitz als erworben anzusehen sey, sagt, daß schon jetzt, vor dem Eintritt eines gewissen Zeitpunkts diese Wirkung eintrete [19]). Sa-

18) Sogar der Satz, daß ein Pupill überhaupt auch wohl ohne Vormund Besitz erwerben könne, war nicht gleich anfangs gemeine Meinung unter den Juristen L. 1. §. 3. h. t.

19) Eben so wie in L. 48. pr. de adquir. dom. die Worte:

Digitized by Google

vigny hält diesen Zeitpunkt für den Eintritt der Pubertät [20]), und in Folge seiner Meinung so consequent, daß, wofern hier ein anderer Zeitpunkt gemeint ist, daraus ein Gegengrund gegen seine Meinung wird. Denn wenn hier gesagt wird, unter Autorität des Tutors erwerbe das Kind interim den Besitz, so kann der Zeitpunkt, welcher dieses interim begränzt, nur der seyn, wo das Kind überhaupt nicht mehr unter einem Tutor steht, wenn es gleich schon früher ein Alter erreicht, wo es für sich und ohne Vormund Besitz erwerben kann. Denn vor der Pubertät kann es wenigstens noch tutore auctore Besitz erwerben, also ist der ganze Zeitraum der Impubertät der, worin nach der Savigny'schen Erklärung unserer Stelle gesagt werden kann, consultius videtur interim possessionem esse quaesitam, d. h. eben der worin ein Besitzerwerb tutore auctore vorkommen kann. In der That aber geht das interim auf einen andern Zeitpunkt, den der Rescribent durch die unmittelbar an jenes gesetzten Worte: licet animi plenus non fuisset affectus, anzeigt. Diese Worte geben dem interim eben so seine nähere Bestimmung, wie die der in Not. 18. angeführten Stelle: etiam ex aliena re, welche auch so hätte gegeben wer-

---

bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus *etiam ex aliena re* suos *interim* facit, so viel heißen, als: er erwirbt das Eigenthum der Früchte, während die Sache noch eine fremde ist, also ehe er das Eigenthum der Sache erworben hat.

20) a. a. O. S. 251. Not. 3. Ein unrichtiger Ausdruck ist es aber, wenn er sagt: interim (erwerbe das Kind den Besitz) "nämlich bis es die Pubertät erreicht hatte, denn alsdann konnte der Besitz auf gewöhnliche Art anfangen." Das hieße also: der jetzt erworbene Besitz soll seine Dauer bis zu dieser Zeit haben; aber dann müßte das Wort interea gebraucht seyn, interim geht nicht auf einen (interimistisch) dauernden Zustand, auf einen Zeitraum, sondern auf einen in einen Zwischenzeitraum fallenden Zeitpunkt (vgl. L. Döderlein latein. Synonyme IV. Thl. S. 271.) — Dieselbe Verwechselung von interim und interea hat sich auch bei der in der vorigen Note citirten L. 48. pr. de adqu. dom. der richtigen Erklärung entgegengestellt.

Digitized by Google

den können: licet res adhuc aliena sit. Obgleich das Kind, wenn auch überhaupt einen Willen, doch nicht den zum Besitzerwerb erforderlichen Willen (plenum animi affectum) hat, so ist doch interim der Besitzerwerb anzunehmen, d. h. also schon vor der Zeit, wo der Erwerber dieses Willens fähig seyn wird, welche Zeit nicht erst mit der Pubertät eintritt.

6) In demselben Satz aber unserer Stelle, in welchem das Wort interim einen Beweis gegen die von uns bestrittene Meinung liefert, liegt auch noch ein anderer Gegengrund gegen dieselbe, in den Worten nämlich: consultius videtur interim .... possessionem *per traditionem* esse quaesitam. Durch diese wiederholte Erwähnung der Tradition wird die oben Nr. 2. über die Bedeutung derselben gemachte Bemerkung von neuem bestätigt. Wäre die bestrittene Meinung richtig, so dürfte man doch wohl hier endlich die Aeußerung erwarten, welche der Rescribent so lange unterdrückt hätte: der Besitz ist schon jetzt, vermöge der Auctoritas des Tutors erworben. Nein, auch hier bei der letzten Veranlassung verschweigt er beharrlich das, worauf alles ankommen soll, und setzt dafür die nichts bedeutenden Worte per traditionem hinein! Die nichts bedeutenden: denn wenn sie nach Savigny's Umschreibung des interim (vgl. Not. 20.) allerdings den Sinn haben könnten, das Kind habe durch die Tradition den Besitz so lange, bis es nach erlangter Pubertät den Besitz von neuem mit dem animus possidendi apprehendire, so haben wir in der angeführten Not. 20. und überhaupt unter Nr. 5. dieser Bemerkungen gesehen, daß diese Umschreibung ebensowohl als die Erklärung selbst unrichtig ist. Ein noch bestimmteres Argument, welches jener Ausdruck gegen die bestrittene Meinung enthält, wird unter der folgenden Nummer zur Sprache kommen.

Digitized by Google

7) Eine dritte und die Hauptbestätigung ihrer Ansicht finden Donellus und Savigny in den Schlußworten der Stelle: alioquin .... nec quidem *per tutorem* possessio infanti poterit adquiri. Wenn wir nicht in dem vorliegenden Fall den Erwerb des Besitzes annähmen, so würden wir ihn auch nicht annehmen können, wenn der Vormund als Repräsentant des Kindes auftritt. Der vorliegende Fall muß also ein solcher seyn, auf den ein Schluß von dem letzteren möglich ist. Ein solcher ist aber, sagt Donellus, nur der des Besitzerwerbs tutore auctore, nur zwischen diesem und dem Erwerb per tutorem ist eine so complete Aehnlichkeit, wie sie jener Schluß voraussetzt. Die einzige Verschiedenheit dieser beiden Fälle liegt im corpus, welches dort in der Person des Kindes, hier des Vormundes constituirt ist, auf das corpus aber, dessen das Kind fähig ist, kommt es hier nicht an, sondern auf den animus, dessen das Kind unfähig ist, und diesen hat in dem einen wie in dem andern Fall der Tutor für das Kind. Wäre dagegen der dem Kaiser vorliegende Fall der in der oben vorgekommenen zweiten Meinung behauptete eines Besitzerwerbs ohne Auctoritas, so würde der Schluß folgender völlig unlogische seyn: weil für das Kind durch den Tutor allein so kann auch durch das Kind allein Besitz erworben werden; weil das des animus unfähige Kind vermittelst des animus des Tutors Besitz erwirbt, so erwirbt es auch ohne allen (eigenen und fremden) animus.

Es wird sich schon aus dem bisherigen ergeben, daß diese Argumentation nicht gegen die Meinung, daß das Kind nach unserer Stelle ohne den Vormund Besitz erwerben könne, überhaupt und in allen ihren möglichen Gestalten, sondern nur gegen eine gewisse Darstellung derselben Kraft hat, welche oben bei Gelegenheit der Ansicht des Cuperus auf ähnliche Art widerlegt worden ist,

Digitized by Google

mit einem Wort nur gegen eine solche Ansicht, welche einen Besitzerwerb ohne den Vormund und auch ohne sonstige Supplirung des Animus zuläßt. Wer dagegen behauptete, auch hier geschehe der Besitzerwerb nicht ohne einen von außen ergänzten Animus (vgl. Nr. 3.), der würde sagen können: genug wenn der Mangel des Willens gehoben wird, ob durch die Auctoritas des Tutors, die hier ohnedieß nicht in ihrer eigentlichen Bedeutung genommen wird (vgl. die Bemerkungen zur ersten Stelle) oder durch eine von einer anderen Person ausgehende Ergänzung, ist hier gleichgültig. Gut, könnte man erwiedern, dieß würde den Schluß aus dem Erwerb durch Auctoritas rechtfertigen, keineswegs aber den aus dem Erwerb durch den Vormund als Repräsentanten, der in der Stelle gemacht wird. Dennoch auch diesen. So wie wir die zweite Meinung ausgedacht haben — die Richtigkeit dieser Auffassung einstweilen vorausgesetzt, da hier nur von ihrer Compatibilität mit der Schlußwendung unserer Stelle die Rede ist — so haben die drei Fälle des Besitzerwerbs das mit einander gemein, einmal, daß das Kind erwirbt, ohne des Animus für sich fähig zu seyn, und dann, daß dieser Mangel durch eine außer dem Kinde liegende Kraft beseitigt wird, in dem einen Fall auf die unten näher zu erörternde Art, in dem andern durch den Vormund in seiner Auctoritas, im dritten endlich, wo der Vormund als Repräsentant des Kindes erwirbt, nicht etwa wieder durch den Vormund — denn hier wirkt der Vormund nicht auf das Kind ein, das Kind hat hier mit dem Erwerb gar nichts zu schaffen — sondern durch den Rechtssatz, daß die Bestellung des Vormunds so viel gelten soll, wie der Auftrag an einen Procurator, Besitz zu ergreifen, den das Kind nicht geben kann. Deshalb findet wohl ein Schluß von dem dritten auf den ersten Fall statt. Nur, scheint es, wäre der Schluß von dem zwei-

Digitized by Google

ten natürlicher gewesen. Auch dieser Einwand indessen würde sich beseitigen lassen, und zwar auf doppelte Art. Einmal, wenn wir annehmen dürften, daß die Erwerbung durch den Vormund als Repräsentanten der am längsten recipirte, also unbestrittenste Fall war; dieser Umstand konnte sowohl den Kaiser als Papinian, der dafür genannt wird, bewegen, lieber den unzweifelhaften Fall, als den, gegen welchen vielleicht, wenigstens ältere Autoritäten angeführt werden konnten, zu nennen. Die andere, nicht auf solchen problematischen Voraussetzungen beruhende Art der Erklärung ist folgende. Der Erwerb durch den Vormund als Repräsentanten entfernt sich weit mehr von den eigentlichen Erfordernissen des Besitzerwerbs, als der (recht verstandene) Erwerb tutore auctore, denn hier ist doch ein Wille des Kindes vorhanden, und die Autorität des Vormunds nähert ihn dem wirklichen animus possidendi [21]), während dort von gar keinem Willen des Kindes die Rede ist. Wenn man nun sogar in diesem Fall den Besitzerwerb annimmt, so ist kein Grund vorhanden, denselben nicht anzunehmen in einem Fall, der sich (wie wir unten näher sehen werden) durch seine Aehnlichkeit mit dem Erwerb tutore auctore viel näher an die eigentlichen Erfordernisse anschließt.

So viel zur Rechtfertigung der zweiten Meinung, im Fall wirklich in den Schlußworten unserer Stelle die Erwerbung durch den Vormund als Stellvertreter gemeint seyn sollte. Aber dieß ist noch keineswegs ausgemacht, und wenn sich das Gegentheil darthun ließe, so würde dieser Schluß nicht bloß keinen Beweis für die Meinung des Donellus und Savigny's abgeben (denn dieser ist schon dadurch ausgeschlossen, daß er sich, wie gezeigt worden ist, auch mit der entgegengesetzten vereinigen läßt),

21) Vgl. die Bemerkungen zur ersten Stelle.

Digitized by Google

sondern sie würde in der That dadurch unmöglich gemacht werden. Daß nun die Worte per tutorem im Zweifel auf den Besitzerwerb des Tutors als Repräsentanten für den Mündel zu beziehen sind, soll nicht in Abrede gestellt werden, wie sie denn in der von Savigny allegirten L. 1. §. 20. h. t. offenbar in diesem Sinne genommen sind. Daß sie aber ein technisch fixirter Ausdruck sind, der stets und in jeder Redewendung auf diesen Fall zu beziehen wäre, davon findet sich keine Spur; auch nimmt Savigny jene Bedeutung zunächst nur in Voraussetzung des Gegensatzes tutore auctore an. In der That kann der Ausdruck auch recht wohl die Erwerbung, welche durch den Vormund oder mit Hülfe des Vormunds geschieht, überhaupt bezeichnen, ja wir würden ihm diesen Sinn beilegen müssen, wenn er im Gegensatz von einem Besitzerwerb ohne den Vormund gebraucht wird. Da sonach seine Bedeutung von dem Gegensatz abhängt, in welchem er steht, so verschwindet vollends jener Schein eines Einwands gegen die zweite Meinung (ihre richtige Fassung überall vorausgesetzt), den man aus dem Schluß der Stelle gezogen hat, weil dieser Einwand sonach erst durch den Beweis, daß die Stelle nicht von einem Besitzerwerb ohne Vormund handle, Kraft erhalten, freilich aber dann nicht mehr nöthig seyn würde. Aber wir fragen hier: wie hat der Rescribent den Ausdruck wirklich genommen? Wie wir so eben gesehen haben, wird dieß von dem Gegensatz abhängen, und da dieser bestritten ist, so wird es am sichersten seyn, sich genauest an die Worte und die Wendung der Rede zu halten. Nun geht es, um dieß gegen die bestrittene Erklärung voraus zu erinnern, schwer ein, daß der Rescribent, da er, wie wir gesehen haben, den angeblichen Gegensatz, die Erwerbung tutore auctore mit keinem einzigen Wort bezeichnet hat, unseren Satz selbst, die Erwerbung durch den Vormund als Repräsen-

Digitized by Google

tanten, bloß mit den Worten per tutorem, also eigentlich mit dem einzigen Wörtchen per bezeichnen sollte, auf welchem hier der Nachdruck, und zwar da der Gegensatz nicht genannt ist, ein überschwerer Nachdruck läge [22]). Aber es fügt sich überdieß, daß Satz und Gegensatz in der Stelle ganz gleichmäßig ausgedrückt sind, so daß jedem Ausdruck des ersteren einer des letzteren entspricht, was sofort in die Augen fällt, wenn wir die Auflösung des Donellus selbst, nur mit genauerer Anschließung an die Worte des Rescripts, zu Grunde legen: nisi possessio *per traditionem* infanti quaeritur, nec quidem *per tutorem* possessio infanti poterit adquiri. Der Gegensatz liegt also in den Worten per traditionem und per tutorem. Hier wird denn wohl jeder zugeben, daß es eine völlige Sprachimpotenz wäre, wenn der Rescribent auf der einen Seite durch die Worte per traditionem den Fall des Besitzerwerbs auctoritate tutoris, der weder vor- noch nachher näher angedeutet wird, auf der anderen Seite aber durch per tutorem bloß einen einzelnen Fall der vormundschaftlichen Mitwirkung hätte ausdrücken wollen [23]). Vielmehr müssen wir als den Gegensatz von per tutorem das per aliam personam denken, und hier werden wir denn durch den Ausdruck per traditionem auf die gleich am Anfang der Stelle damit verbundenen Worte a quacunque persona, die hier nicht schicklich zu wiederholen waren, hingewiesen.

---

22) Wenn dem Kind tradirt worden ist, so nehmen wir Besitzerwerb an, denn sonst würde ihm der Besitz auch nicht durch den Vormund erworben werden: welches Gewicht müssen wir auf das "durch" legen, um anzudeuten, daß dort nicht ein Erwerb ohne den Vormund gemeint sey! Und dessenungeachtet ist zu wetten, daß der Hörer uns eher im Verdacht einer falschen Accentuation halten, als unsere Meinung fassen wird.

23) Er würde dann dem per *traditionem* das *per* tutorem entgegensetzen.

Digitized by Google

Endlich ist noch das Argument zu erwägen, welches Savigny zur Verstärkung der bisher erörterten Beweiskraft der Schlußworte unserer Stelle hinzugefügt hat. Der Rescribent hat den durch dieselben gegebenen Grund aus einem Responsum von Papinian genommen. Wo der Grund steht, muß auch die Entscheidung stehen, mit dieser Stelle von Papinian würden wir also eine erklärende Parallelstelle für die unsrige haben. Diese papinianische Stelle, die sonst nirgends zu finden ist, soll nun nach Savigny's Meinung gerade die oben erklärte L. 32. §. 2. h. t. seyn. Dieses Fragment wird zwar in der florentinischen und allen anderen jetzt bekannten und darüber verglichenen Handschriften dem Paulus zugeschrieben (nur daß eine pariser den Pomponius nennt), aber Alciat sagt, in einigen Handschriften sey die Ueberschrift: Papinianus lib. XI. responsorum. Diese Lesart hält nun Savigny für die richtige, die L. 32. §. 2. cit. mithin für das in unserer Stelle citirte Responsum Papinians, und sonach den darin ausgesprochenen Satz für den der unsrigen. — Geben wir nun aber auch für einen Augenblick die Richtigkeit dieser Lesart zu, so können wir die L. 32. dessenungeachtet nicht für die in unserer Stelle gemeinte halten, da sie, wie oben erwiesen worden ist, außer dem Wort alioquin nichts von dem in der letzteren angezogenen Satz enthält. Dazu kommt denn noch, daß wirklich nichts für jene Lesart spricht. Was zunächst die äußere Autorität der Handschriften anlangt, so ist die des florentinischen Manuscripts bei weitem größer, als die jedes andern einzeln genommen, namentlich auch und vorzugsweise hinsichtlich der Inscriptionen (vgl. auch Blume in der Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IV. S. 419). Hier aber wird, wie Savigny selbst in einem Zusatz zur 4. Ausgabe bemerkt hat, die florentinische Inscription überdieß noch durch die Ordnung der Fragmente bestätigt,

Digitized by Google

welche der andern Lesart widerspricht. Völlig eben so gut wie diese könnte man die Lesart Pomponius wählen, die noch überdieß den Vorzug hätte, daß man sich hinsichtlich ihrer nicht wie bei jener auf ein unbestimmtes Zeugniß verlassen muß. — —

Wenn wir hiernach die erste Meinung als unbegründet (s. Nr. 3. 4. 7.) und als in Widerspruch mit den Aeußerungen der Stelle selbst stehend (Nr. 2. 5. 6. 7.) verwerfen müssen, so bleibt uns nichts übrig als zu der zweiten Meinung zurückzukehren. Von dieser zweiten Meinung, eines Besitzerwerbs des Kindes ohne Vormund, ist dargethan worden, daß sie in den gewöhnlichen Darstellungen unhaltbar ist; damit ist aber noch keineswegs gesagt, daß sie an sich unrichtig sey. Es steht vielmehr noch immer bei uns, einen neuen Versuch zu ihrer Begründung und, worauf alles ankommt, zu ihrer richtigen Bestimmung zu machen, durch welche nicht bloß alle Einwürfe beseitigt werden, sondern auch unsere Stelle so vollständig erklärt wird, daß alle einzelne Ausdrücke derselben ihr Recht erhalten. Diese Erklärung ist denn durch die Prüfung der Stelle in allen ihren einzelnen Theilen, welche so eben bei Gelegenheit der entgegengesetzten Meinung vorgenommen worden ist, hinlänglich vorbereitet, so daß es nur noch darauf ankommt, die zerstreuten Glieder derselben zusammenzufügen, und das, was bisher nur von fern angedeutet worden ist, in bestimmte Sätze zu bringen.

Der Rescribent geht aus von dem ihm vorgelegten Fall, und gelangt von diesem bis auf das zuletzt entscheidende Argument. Soll der Punkt wissenschaftlich erörtert werden, so ist der umgekehrte Weg, von dem Princip zu dem daraus folgenden Satz, der natürlichere, und dieser soll hier eingeschlagen werden.

Digitized by Google

Das Kind erwirbt durch den Vormund Besitz, und zwar zunächst so daß der Vormund als Repräsentant für dasselbe erwirbt. Da man nun nicht animo alieno Besitz erwerben kann, sondern animo utique nostro, nur corpore alieno, das Kind aber des animus possidendi unfähig ist, so ist dieß eine Abweichung von der Regel, die auch so ausgedrückt werden kann: das Kind erwirbt corpore den Besitz, statt daß man ihn sonst animo et corpore simul erwerben muß. Aber es ist noch ein zweiter Fall, wo der Vormund dem Kind den Besitzerwerb verschafft, nämlich dadurch, daß zur Apprehension von Seiten des Kindes seine Auctoritas hinzukommt. Diese hat hier nicht ihre eigentliche Bedeutung [24]), sie ist hier nicht eine juristische Form, der durch rechtliche Bestimmung die Wirkung beigelegt wäre, den Mangel des Willens zu heben, mit einem Wort, sie wird nicht als förmliche, sondern nur als wirkliche, natürliche Ergänzung des natürlichen Willens betrachtet. Freilich aber kann sie nicht bewirken, daß das Kind nun mittelst der Auctoritas den animus possidendi wie ein Erwachsener hat, deshalb müssen wir auch hier sagen, das Kind erwirbt ohne den eigentlich erforderlichen animus, also, da nur das corpus ganz so existirt, wie der Besitzerwerb es voraussetzt, es erwirbt corpore den Besitz.

Wir drücken also diese beiden Fälle so aus: das Kind kann corpore Besitz erwerben (im ersten Fall alieno, im zweiten suo). Wollen wir bei der Regel stehen bleiben, so kann auch in diesen Fällen kein Besitz erworben werden. Was soll uns denn aber dann vermögen, diese Abweichung schlechterdings nur in jenen zwei Fällen anzunehmen, und nicht vielmehr auch in andern die Möglichkeit eines Erwerbs anzuerkennen? Die Regel gewiß nicht,

24) Vgl. die Bemerkungen zur ersten Stelle.

Digitized by Google

diese ist auch dort kein Hinderniß geworden. Nur folgende zwei Umstände stellen sich dem allgemeinen Ausspruch und der allgemeinen Anwendung des Satzes: ein Kind kann corpore Besitz erwerben, entgegen: 1) die Nichterkennbarkeit eines solchen Besitzerwerbs, ein Hinderniß, welches in jenen beiden Fällen beseitigt ist, und 2) der Umstand, daß nur in dem einen jener beiden Fälle der Besitzerwerb ohne allen Willen des Kindes angenommen ist, in dem andern Fall aber eine Ergänzung desselben eintritt, die Abweichung also an diese weitere Voraussetzung geknüpft ist. Weil nun aber nur diese Hindernisse der weiteren Anwendung des Satzes entgegenstehen, so müssen wir in einem Fall, in welchem sie beseitigt sind, und der namentlich die zuletzt erwähnte Voraussetzung ebenso erfüllt, wie es die Auctoritas des Tutors thut, den Besitz durch das Kind als erworben annehmen, weil wir sonst auch nicht befugt wären, ihn in den beiden ersten Fällen anzunehmen. Einen solchen dritten Fall giebt uns nun eben das Rescript des Decius.

Auf daß wir sagen können, das Kind habe Besitz erworben, muß natürlich der Erwerb bestimmt erkennbar seyn, wir müssen vor allem ein Merkmal haben, um nicht ein Verhältniß Besitz zu nennen, an welches die Folgen des Besitzes zu knüpfen, unvernünftig wäre. Wenn z. B. ein Kind auf der Straße etwas findet, aufnimmt und wieder wegwirft, so wird niemand einfallen, einen Besitzerwerb anzunehmen. Bei einem Erwachsenen besteht dieses Merkmal in dem animus possidendi. Dessen ist das Kind nicht fähig, wenn es auch Willen überhaupt hat; indessen müssen wir doch das Merkmal in dem Animus suchen, und wir finden es in einem Fall, welcher zugleich der zweiten vorhin gemachten Voraussetzung entspricht. Das Merkmal ist vorhanden zunächst, wenn ein Anderer für das Kind schlechthin den Animus hat, so daß

Digitized by Google

der Wille des Kindes dabei gar nicht in Betracht kommt; dieß ist der Fall bei dem Erwerb durch den Vormund als Repräsentanten des Kindes. Dieser Erwerb aber kann nicht weiter ausgedehnt werden, da eben hier die Bestellung des Vormunds wie der Auftrag an einen Procurator wirken soll, was sich auf eine andere Person nicht anwenden läßt. Aber auch dann ist der Besitzerwerb etwas bestimmt erkennbares, wenn eine äußere Autorität auf den Willen des Kindes selbst einwirkt, und dieses zu dem Willen, die Sache zu haben und zu behalten, dessen es für sich nicht fähig ist, zu bestimmen vermag. Dieß ist der Fall bei dem Erwerb des Kindes unter des Vormunds Auctoritas, die hier in der That nur diese natürliche Bedeutung hat und nur durch den wirklichen Einfluß des Vormunds auf den Willen des Kindes wirksam wird. Eben so wirksam aber ist auch die Direction, die das Kind durch die Anweisung irgend einer andern Person erhält, welche dem Kind die Sache tradirt, und die als Tradent (zumal als Schenker, wenn dieß auch nicht der einzige denkbare Fall ist) eine gleiche Autorität über das Kind erhalten kann, wie sie ein Vormund vermöge seiner der elterlichen analogen Stellung hat. Wenn jemand dem Kind eine Sache schenkt und tradirt, mit der Anweisung, es solle die Sache behalten, wohl aufbewahren lassen, nicht verlieren, und wie sich dieß nach Verschiedenheit der Sachen weiter ausdrücken läßt, so wird er dadurch in dem Kind den auf das Haben und Behalten gerichteten Sinn in demselben Grad erwecken und erzeugen, als der Vormund, der ihm befiehlt, die Sache zu apprehendiren. Ist aber dieß wirklich der Fall, so ist nicht abzusehen, warum wir hier nicht eben so gut den Erwerb des Besitzes annehmen sollten, als bei der Auctoritas des Vormundes, welche auf demselben Grunde beruht. Daß der Tutor nicht beigezogen ist, kann kein Hinderniß seyn, denn die

Digitized by Google

Auctoritas in ihrer eigentlichen juristischen Gestalt, also die Einwirkung des Tutor qua tutor, ist für den Besitzerwerb völlig irrelevant, da sie als solche, wo der Pupill des animus possidendi fähig ist, nicht nöthig, und wo er dieß nicht ist, nicht hinreichend ist, ihn zu ersetzen. Die beiden gemachten Voraussetzungen treten in unserem Fall nothwendig ein, also könnten wir den Besitzerwerb nur läugnen, weil das Kind nicht das zum Besitz erforderliche Willensvermögen in sich trägt, dann aber müßten wir allen Besitzerwerb eines Kindes leugnen.

Den Beschluß mag eine wörtliche Uebersetzung der erklärten Stelle mit Verweisung auf die in den obigen Bemerkungen enthaltene Erklärung der einzelnen Aeußerungen derselben machen:

An den von irgend einer Person (Nr. 2. 7.) dem Kind geschenkten und tradirten Sachen wird ihm der Besitz durch seine Ergreifung desselben (Nr. 3.) erworben. Denn wiewohl die Ansichten der Juristen über diesen Punkt verschieden sind (Nr. 4.), so scheint es doch gerathener, schon jetzt, ungeachtet das vollständige Willensvermögen noch nicht existirt (Nr. 5.), den Besitz durch die Tradition (Nr. 6. 7.) als erworben anzunehmen; sonst, wie es auch in einem Responsum Papinians heißt, würde dem Kind auch nicht durch den Vormund (Nr. 7.) der Besitz erworben werden können.

Digitized by Google

IV.

Ueber das pactum reservati dominii.

Von

Herrn Dr. Ludwig Duncker,

Privatdocenten und Actuar bei dem Univ.-Gericht in Göttingen.

Literatur.

Goedde (pr. Hert) Diss. de reservatione dominii, vel hypothecae in re vendita. Gissae 1706. in Hertii opusc. Franc. ad M. 1737. vol. II. tom. 3. p. 94-101.

de Guelich (pr. Friesen) Diss. de pacto dominium in emtione venditione usque ad pretii solutionem reservante. Jenae 1706.

a Schoenberg (pr. Hartung) Diss. de pacto dominii reservativo. Wittenb. 1712.

Curtius (pr. Schoepffer) Diss. de dominio a venditore reservato. Kilonii 1714.

Osann (pr. Juch) Diss. de pacto reservati dominii in venditione usque ad pretii residui solutionem ejusque effectibus insignioribus in concursu potissimum creditorum. Erfordiae 1735.

Schneider (pr. Wahl) Diss. de validitate et effectu reservationis dominii et hypothecae in securitatem

Digitized by Google

residui pretii in rebus praecipue immobil. venditis. Goett. 1753.

Fetzer (pr. Gmelin) Diss. de jure separationis, quod exortu super bonis emtoris concursu venditori in re vendita competit. Tubing. 1799.

Aug. Guil. Lud. Weber Diss. de pecunia hereditaria in concursu creditorum e jure pretii residui rei venditae aestimanda. Accedunt observatt. nonnullae de dominii et hypothecae reservatione. Goett. 1816.

Gensler im Archiv für die civil. Praxis. B. 2. S. 291 - 293.

Hagemann prakt. Erörterungen. B. 7. N. 22. S. 49 - 52.

Müller im Arch. für d. civ. Pr. B. 12. S. 247 - 268.

Matthäi in der juristischen Zeitung für Hannover. N. 7. den 1. Apr. 1830. S. 98 - 106.

Jur. Zeitung N. 10. den 15. May 1831. S. 146 - 55.

Außerdem habe ich noch angeführt gefunden, aber nicht benutzt:

Wilh. Frid. Link Diss. de rei sub pacto reservati dominii venditae periculo. Altorf. 1748. in Lipenii bibl. real. jur. suppl. Schott. I. p. 156.

Fr. Aug. Fischer Diss. de dominio propter residuum pretium in fundorum venditione reservato. Witt. 1778. Lipen. bib. real. jur. suppl. II. pag. 303.

Goessel Diss. de vi reservati dominii et hypothecae in re vendita moto concursu creditorum inprimis sese exserente. Col. 1793. b. Gensler Archiv f. d. civil. Pr. B. 2. S. 292. N. i). bei Glück Comm. Th. 16. S. 229. Note 43. wird diese Diss. als in Celle herausgekommen erwähnt.

Ern. Chr. Westphal pactum reservati domin. et hypoth. non differunt. In dessen Rechtsgutachten

Digitized by Google

N. 242. Th. 9. Lipen. bibl. real. jur. suppl. vol. 4. p. 345.

Die in den Systemen des Röm. Rechts und in casuistischen Schriften beiläufig vorkommenden Aeußerungen werden gehörigen Orts angeführt werden.

Je häufiger bei Verträgen, in Folge welcher das Eigenthum übertragen werden soll, der Vorbehalt desselben bis dahin verabredet wird, daß der Empfänger seinen Verbindlichkeiten genügt habe, desto eher sollte man meinen, er habe sich unter den Juristen eine übereinstimmende Ansicht über das Wesen und die Wirkungen eines Vertrags gebildet, der, bei dem Mangel ausdrücklicher gesetzlicher Verfügungen, nach den allgemeinen Grundsätzen unsers gemeinen Rechts beurtheilt werden muß. Allein schon unter den ältesten Juristen finden wir darüber einen Streit, welcher bis jetzt noch fortdauert.

§. 1.

Gültigkeit des pacti reserv. dom.

Die Gültigkeit des pacti reserv. dom. wird von allen Juristen einstimmig zugegeben [1]). Eben so bezweifelt keiner, daß das pact. rer. dom. den Grundsätzen des gemeinen Rechts gemäß sei. Nur über den Ursprung des Vertrags gibt es verschiedene Meinungen, indem die meisten Juristen [2]) behaupten, er sey nicht nur den Römern

1) *Ant. de Amato* variae resolut. p. 1. resol. 3. n. 42. *Tiraquellus* de retractu consang. §. 1. gl. 2. n. 36. 39. in operib. Franc. ad Moen. 1597. fol. tom. III. pag. 24. 25, welche eine große Menge von Autoritäten anführen.

2) *Leyser* sp. 479. m. 5. *Hert* l. c. Glück Comm. B. 8. S. 231. N. 49.

Digitized by Google

bekannt gewesen, sondern werde sogar in einzelnen Stellen des Röm. R. [3]) ausdrücklich erwähnt. Schilter [4]) dagegen behauptet, der Vorbehalt des Eigenthums sey erst durch neuere Gewohnheit in Deutschland entstanden. Da dieser Streit auf die Entscheidung der, bei dem pact. res. dom. vorkommenden Fragen ohne Einfluß ist, so ist eine weitere Untersuchung desselben an diesem Orte nicht für nothwendig gehalten.

Am häufigsten kommt der Vorbehalt des Eigenthums beim Kaufe vor, wenn auf Credit gehandelt ist, und die ältern Juristen reden meist nur von diesem Falle. So auch noch Glück Com. B. 16. S. 229. Indeß liegt es in der Natur der Sache, daß dieser Nebenvertrag allen Geschäften, in Folge welcher Eigenthum übertragen werden soll, hinzugefügt werden kann [5]). Da dieses indeß auf die Wirkungen des pact. res. dom. im Ganzen keinen Einfluß hat, so soll in der Folge, der Kürze wegen, nur der Fall vorausgesetzt werden, daß der Käufer den ihm creditirten Kaufpreis nicht bezahlt hat. Es versteht sich aber von selbst, daß, ungeachtet der Preis bezahlt ist, das Eigenthum dennoch vorbehalten werden kann, bis der Käufer andern, ihm etwa aufgelegten Verbindlichkeiten genügt, z. B. die vielleicht erst noch zu taxirenden Verwendungen, die der Verkäufer gemacht, bezahlt hat; eine Verabredung, die nicht selten vorkommt, wenn in Folge eines frühern pacti de retroemendo, oder retrovendendo eine Sache verkauft wird.

---

3) l. 16. D. de peric. et comm. (18. 6.) l. 20. locati (19. 1.) l. 20. de precar. (43. 25.) l. 1. C. de pactis int. emtor. (4. 54.)

4) exercit. 30. §. 56.

5) Thibaut System §. 955. Müller a. a. O. B. 12. S. 248.

Digitized by Google

§. 2.

Verschiedene Ansichten über das Wesen des pact. res. dom.

Die verschiedenen Meinungen über das Wesen und die Wirkungen des pact. res. dom. lassen sich auf folgende zurückführen:

I. Einige behaupten, ungeachtet des Vorbehalts gehe das Eigenthum auf den Käufer über. Sie sehen indeß die Sache wieder aus verschiedenen Gesichtspunkten an.

a) Nach der einen Meinung wird durch das pact. res. dom. nur eine specielle Hypothek begründet. Als Grund wird angeführt: wenn man annehmen wollte, das Eigenthum ginge auf den Käufer nicht über, so würde bis zur Zahlung des Preises die verkaufte Sache auf Gefahr des Verkäufers stehen; eine solche Annahme sei aber nicht nur ungereimt, sondern auch der Bestimmung der l. 20. §. 2. locati (19. 2.)

interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti quum emtor fundum conducit, donec pretium ei solvat.

und der l. 21. entgegen. Auch könne man von einem Kaufe nicht reden, wenn ausgemacht würde, daß das Eigenthum auf den Käufer nicht übergehen solle, wegen

l. 80. §. 3. de contrah. emt. (18. 1.) Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emtorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut alius genus contractus.

Da endlich der Kauf, des pact. res. dom. ungeachtet, unbedingt sei, so müsse natürlich das Eigenthum übergehen. Der Zweck des pact. res. dom. sei aber offenbar der, daß der Verkäufer wegen des Kaufpreises vollständig gesichert werde, und daher müsse angenommen werden, daß der Verkäufer sich nur eine specielle und zwar privi-

Digitized by Google

legirte Hypothek habe vorbehalten wollen, durch welche jener Zweck vollständig erreicht werde [6]).

b) Nach einer andern Ansicht ist das pact. res. dom. als ein Resolutiv-Vertrag anzusehen, wodurch der Rückfall des Eigenthums nach Art des dominium revocabile ex tunc auf den Fall verabredet wird, daß der Empfänger seinen Verbindlichkeiten nicht genügen würde [7]). Andere [8]) schränken die Verabredung des Rückfalles des Eigenthums auf den Fall ein, daß der Empfänger insolvent werden sollte.

§. 3.

Fortsetzung.

II. Wiewohl andere Rechtslehrer darin freilich übereinstimmen, daß durch das pact. res. dom. der Uebergang des Eigenthums auf den Käufer bis zur Bezahlung des Kaufgeldes aufgehalten werde, so weichen ihre Ansichten im Einzelnen doch wieder auffallend von einander ab.

a) Mit Beziehung auf l. 80. §. 3. D. de contr. emt. (18. 1.) behaupten die Einen, daß der Vorbehalt des Eigenthums der Natur des Kaufs zuwider sei, daß mithin das Verhältniß der Contrahenten bis zur Zahlung des Kaufpreises als Pacht angesehen werden müsse, weshalb die Sache auf Gefahr des Verkäufers (Verpächters) stände [9]).

---

6) *Baptistae Hodiernae* J. C. Neapolitani addit. et observat. ad decis. Surdi decis. 157. n. 12. seqq. u. viele Andere die er citirt. Diese Ansicht ist ganz neuerdings wieder vertheidigt in der jur. Zeitung für das Königreich Hannover N. 10. vom 15. Mai 1831. Vergl. unten §. 8.

7) *Gmelin* l. c. §. 3. Schweppe Röm. Privatrecht §. 266. a. 4te Aufl.

8) Thibaut Syst. §. 955. Hagemann prakt. Erörterungen B. 7. N. 22.

9) *Coccini* decis. 216. n. 18. *Franc. Nigri Cyriaci* controv. forenses, contr. 164. n. 8. 9. 10. contr. 425. u. 61. 62. *Surdi*

Digitized by Google

b) Die Andern behaupten, der Verkäufer bleibe Eigenthümer, weil er die Sache nur unter der Bedingung tradirt habe, daß der Preis gezahlt werde [10]). Eine stillschweigende Reservation des Eigenthums sei nämlich vorhanden, wenn, ohne daß Credit gegeben sei, die Sache tradirt werde [11]), und darum sey auch eine ausdrückliche Reservation zulässig, im Fall der Preis creditirt würde [12]). Die Reservation des Eigenthums sey daher der Natur des Kaufs nicht zuwider, und weil der Kauf, des Vorbehalts ungeachtet, unbedingt sey, so gehe die Gefahr der Sache auf den Käufer über [13]).

c) Nach einer ganz eigenthümlichen Ansicht bleibt der Verkäufer freilich Eigenthümer, allein sein Eigenthum ist nur ein subsidiarisches, um ihn wegen des Preises sicher zu stellen; das ordentliche Eigenthum geht aber auf den Käufer über [14]). (Vergl. unten §. 15.)

§. 4.

Fortsetzung.

III. Nach einer dritten Meinung, welche einen Mittelweg zwischen den beiden angegebenen einschlägt, ist das pact. res. dom. als eine Bedingung anzusehen, so daß die Wirksamkeit desselben davon abhängig ist, ob es als Suspensiv- oder als Resolutiv-Bedingung

---

decis. 157. n. 3. dec. 305. n. 39. Die zahlreichen Auctoritäten, welche diese Rechtslehrer anführen, beweisen, daß diese Ansicht sehr vielen Beifall gefunden hat.

10) *Altogradi* controvers. forens. tom. I. contr. 9. n. 3. *Ant. Gobii* J. C. Mantuani juris consultat. cons. 140. n. 23. *Mevius* p. 5. dec. 59; p. 6. dec. 193.

11) §. 41. Inst. de rer. div. (2. 1.)

12) *Stryck* U. M. T. lib. 18. tit. 6. §. 2. Gensler im Archiv für die civil. Praxis B. 2. S. 291. ff. Jur. Zeitung f. d. Königreich Hannover N. 7. vom ersten Apr. 1830.

13) *Lauterb.* coll. theor. pract. lib. 18. tit. 6. §. 4.

14) *Hert* l. c. §. 7.

Digitized by Google

von den Partheien hinzugefügt wird; im ersten Falle bleibt der Verkäufer Eigenthümer, im letztern wird es der Käufer [15]).

So viel von den verschiedenen Ansichten im Allgemeinen. Die besondern Wirkungen im Einzelnen hier schon anzugehen, welche jeder dem pact. res. dom. beilegt, wird deshalb nicht nothwendig seyn, weil in der Folge die verschiedenen Meinungen im Zusammenhange geprüft werden müssen.

§. 5.

Prüfung einzelner der vorstehenden Meinungen.

Es sollen hier von den verschiedenen Ansichten nur die widerlegt werden, deren Unrichtigkeit am wenigsten bezweifelt werden kann und auf welche in der Folge auch weiter keine Rücksicht genommen werden wird. Die Prüfung der übrigen Ansichten kann, um Wiederholungen vorzubeugen, erst weiter unten vorkommen.

Die Unrichtigkeit der Ansicht unter I. a. im §. 2. ergiebt sich daraus, daß wenn der Verkäufer sich das Eigenthum vorbehält, derselbe seine Absicht doch wohl deutlich genug erklärt; daher berechtigt nichts zu der Annahme, daß seine Absicht nur auf Constituirung einer speciellen Hypothek gehe [16]). Außerdem würde dieselbe dem Verkäufer nur wenig Sicherheit gewähren, indem es, wenigstens in der Theorie, wohl nicht mehr bezweifelt wird, daß den Hypotheken aus der Zeit des frühern Eigenthümers das Vorzugsrecht, welches ihnen die ältern Juristen [17]) einstimmig vor den bei dem folgenden Eigenthümer entstandenen Hypotheken beilegen, keineswegs eingeräumt

15) Glück Comm. B. 16. S. 229 ff. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des Civil-Rechts B. 2. §. 31. ed. 2. §. 125. ed. 3.

16) *Gobii* consult. 140. u. 26.

17) *Hodierna* l. c.

Digitized by Google

werden kann [18]). Der von Hodierna für den Uebergang des Eigenthums geltend gemachte Grund, daß, wenn der Verkäufer Eigenthümer bliebe, die Sache bis zur Tradition auf seine Gefahr stehen würde, was aber der Absicht der Contrahenten zuwider sey, ist deshalb falsch, weil der Verkauf durch das pactum reservati dom. nicht bedingt wird; daher muß der Käufer hier eben sowohl die Gefahr tragen, wie wenn ohne Vorbehalt des Eigenthums die Sache tradirt, aber kein Credit gegeben ist [19]). Die Frage, wer die Gefahr trage, ist von der Frage, wer Eigenthümer sei, beim Kauf ganz unabhängig, weil der Käufer die Gefahr schon vor der Tradition trägt, so bald nur der Kauf unbedingt geschlossen ist [20]). Daß endlich die l. 80. §. 3. de contr. emt. (18. 1.) dem Vorbehalt des Eigenthums nicht im Wege stehet, ist schon von Andern bemerkt [21]), indem dieselbe nur von dem Falle zu verstehen ist, wo bei dem Kaufe ausgemacht wurde, daß das Eigenthum der verkauften Sache überhaupt zu keiner Zeit auf den Käufer übergehen solle. Ein solcher Vertrag gehet, wie die Glosse ad h. l. erläuternd bemerkt, in einen Faustpfandvertrag, Emphyteuse, Commodat, oder Depositum über. Von dem temporären Vorbehalt des Eigenthums redet daher jene Stelle nicht.

Den schwächsten Grund für die Annahme einer Hypothek hat Berger [22]), nämlich: das pact. res. dom.

---

18) Thibaut civil. Abhandl. S. 311 - 316. Spangenberg im Archiv für die civil. Praxis B. 10. S. 404 ff. B. 14. S. 155 ff. Dagegen Hepp in der Zeitschrift für Civ. R. u. Proceß B. 4. S. 37 - 53. Hiergegen vertheidigt Thibaut seine Ansicht im Archiv für die civil. Praxis B. 14. S. 235 ff. Die ältere Meinung ist wieder in Schutz genommen von Wächter daselbst B. 14. S. 340 - 398. wo sich auch eine vollständige Literatur des Streites findet.

19) *Gratiani* discept. for. 354. n. 48. 49. *Hert* l. c. §. 14.

20) l. 8. pr. de peric. et com. (18. 6.)

21) *Altogradi* contr. for. tom. I. contr. 9. n. 4. *Brunnemann* ad h. l.

22) oecon. jur. lib. 3. tit. 5. §. 7. nota 6.

Digitized by Google

gebe dem Verkäufer nur die hypothecaria actio, nicht aber die rei vindicatio. Dieſes ſoll ja gerade erſt bewieſen werden.

Es iſt nun noch die Frage genauer zu unterſuchen, ob der Kauf durch das pact. res. dom. bedingt werde. Zur Perfection des Kaufes iſt erforderlich, daß die Contrahenten ihre Abſicht, eine Sache gegen einen beſtimmten Preis zu übergeben, unbedingt erklärt haben [23]). Wenn der Verkäufer nun ſagt: ich verkaufe dir dieſes Pferd für 100, und der andere dieſes Anerbieten annimmt, ſo iſt doch die beiderſeitige Einwilligung von keinem in der Zukunft liegenden Thatumſtande abhängig gemacht. Wenn nun ferner verabredet wird, daß bis zur Zahlung des creditirten Preiſes, der Tradition ungeachtet, der Verkäufer Eigenthümer bleiben ſolle, ſo liegt auch hierin kein Widerſpruch mit der Abſicht, ein gegenwärtiges Rechtsverhältniß begründen zu wollen. Daher kann auch der Käufer, wiewohl er den Preis noch nicht bezahlt hat, vor Ablauf der Zahlungsfriſt, auf Uebergabe der Sache gegen den Verkäufer klagen. Denn der Verkäufer hat ſich durch den Vertrag verbindlich gemacht, die Sache dem Käufer herauszugeben; die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aber, welche dem Verkäufer bis zur Zahlung des Preiſes gegen den Kläger zuſtehet, kann, ſo fern dieſem Credit verwilligt iſt, deshalb nicht entgegengeſetzt werden, weil er zur Zeit noch gar nicht ſchuldig iſt, den Preis zu bezahlen. Wollte man den Vorbehalt des Eigenthums als eine dem Kaufe hinzugefügte Suſpenſivbedingung anſehen, ſo würde der

23) l. 8. pr. de periculo et com. (18. 6.) "Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio: tunc enim sciemus, cujus periculum sit: nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. Et, si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emtio." Vergl. noch pr. §. 1 Inst. de emt. et vend. (3. 23.) l. 1. §. ult. l. 8. pr. de contr. emt. (18. 1.)

Digitized by Google

Käufer, vor der Zahlung des Preises, ungeachtet des erhaltenen Credits, auf Uebergabe nicht klagen können [24]). Diese ungereimte Folgerung zeigt hinreichend, daß sie auf falsche Prämissen gebaut ist.

Der Vorbehalt des Eigenthums ist daher eine Verabredung, welche der Tradition in der Art hinzugefügt wird, daß sie ihr die Wirkung Eigenthum zu übertragen benimmt. Diese Ansicht findet sich auch bei Gobius [25]), wiewohl er sich unpassend ausdrückt, indem er sagt, der Kauf sei unbedingt, außer in Bezug auf die Tradition; denn die Bedingung bezieht sich gar nicht auf den Kauf, sondern nur auf die Tradition.

Neuerdings ist aber doch wieder die Ansicht geltend gemacht, durch das pact. res. dom. werde der Hauptvertrag selbst bedingt. "Wenn bei der Tradition — der Uebertragung des juristischen Besitzes" — sagt der Verfasser des Aufsatzes in der jur. Zeitung N. 10. vom 15ten Mai 1831. S. 148. 149. — "der Uebergang des Eigenthums, welchen die Creditirung des Preises mit sich führen würde, durch eine Suspensiv-Bedingung gehemmt würde, so nehme dadurch das Geschäft die Natur eines bedingten an. Ein Kauf ist ein bedingter, wenn die Erfüllung desselben von einer Bedingung abhängig gemacht ist; ob der Contract gleich anfangs bedingt geschlossen, oder erst nachher — ehe noch derselbe wegen Mangels der gesetzlichen Erfordernisse wirksam werden konnte — auf Begehren des Verkäufers in einen bedingten umgeändert ist, darauf kann offenbar nichts ankommen. In der Note heißt es dann weiter: "der Unterschied, welchen Glück Comm. B. 16. S. 232. zwischen einer Bedingung, von welcher

24) l. 9. de reb. cred. (12. 1.) "ante diem vel conditionem non potero agere." §. 4. Inst. de verb. oblig. (3. 15.) l. 213. de V. S. (50. 16.)

25) l. c. cons. 140. n. 23.

Digitized by Google

die Perfection und einer solchen, von der die Erfüllung eines Kaufs abhängig gemacht wird, annimmt, hat also wohl keinen Sinn." Die Argumentation des Verfassers beruht auf einer petitio principii. Daraus nämlich, daß man bei der Tradition, welche in Folge des gegebenen Credits Eigenthum übertragen könne, sich dasselbe vorbehält, folgt weiter nichts, als daß die Tradition bedingt sey; desgleichen ist es eine ganz willkührliche Behauptung, der Kauf sei bedingt, wenn dessen Erfüllung von einer Bedingung abhängig gemacht sey. Die Erfüllung ist freilich bei jedem Vertrage die Hauptsache: folgt aber denn daraus, daß eine der Erfüllung hinzugefügte Bedingung auch nothwendig den Vertrag selbst zu einem bedingten machen müsse?

§. 6.

Fortsetzung.

Die zur Unterstützung der Ansicht unter II. a) angeführte l. 80. §. 3. de contr. emt. ist schon im vorhergehenden §. erklärt. Außerdem gehört auch der Uebergang des Eigenthums keineswegs zum Wesen des Kaufs, weshalb auch der Verkauf einer fremden Sache von unsern Gesetzen für gültig erklärt wird [26]). Ganz anders ist es beim Tausch, der, als Realcontract, wesentlich ein dare erfordert, so daß kein Tausch geschlossen wird, wenn der eine Contrahent eine Sache gibt, deren Eigenthum er nicht übertragen kann [27]). Dennoch aber würde selbst beim Tausch der temporäre Vorbehalt des Eigenthums, bis

26) l. 28. de contrah. emt. (18. 1). Alienam rem distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emtio est et venditio, sed res emtori auferri potest.

27) l. 1. §. 3. de rer. permut. (19. 4.) Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.

Digitized by Google

der andere Contrahent seinen Verbindlichkeiten genügt hat, zulässig seyn.

Es ist in der That unbegreiflich, wie Huber [28]) behaupten kann, die Uebertragung des Eigenthums gehöre zum Wesen des Kaufes; der Kauf sey nämlich conventio qua id agitur, ut dominium rei certo pretio in alium transferatur. Vielmehr ist der Vertrag gerade kein Kauf, wenn die Verabredung direct auf Eigenthumsübertragung gerichtet ist [29]). Hieraus ergibt sich auch die Unrichtigkeit der Folgerung, welche Huber aus seiner Prämisse zieht; weil nämlich die Uebertragung des Eigenthums zum Wesen des Kaufes gehöre, so werde durch den Vorbehalt desselben dem Kaufe eine Bedingung zugefügt, weshalb die Sache auf Gefahr des Verkäufers stehe. Die nähere Ausführung, welche Huber lib. 18. tit. 1. a. E. gibt, ist sehr erbaulich, besonders das scholium, welches folgenden Grund geltend macht: Nach dem Naturrecht gehe das Eigenthum, ohne Tradition, gleich nach Abschluß des Kaufs auf den Käufer über, daher treffe diesen natürlich auch der Untergang der Sache, welcher, wenn der Verkäufer sich das Eigenthum vorbehalten, von diesem getragen werden müsse, denn es sey eine Regel des Naturrechts, daß der Eigenthümer die Gefahr trage.

Da diese auch von Carpzov [30]) vertheidigte Ansicht viele Anhänger gefunden hat, so ist es der Mühe werth, dessen Gründe der Reihe nach wenigstens hier anzuführen. Wiewohl Carpzov zugibt, daß nach Perfection des Kaufes die Gefahr der Sache auf den Käufer übergehe, so leugnet er doch, daß dieser Satz auf einen unter dem pact. res. dom. geschlossenen Kauf anwendbar sey, denn

28) praelect. jur. civ. lib. 18. tit. 6. §. 8.

29) l. ult. de cond. caus. dat. (12. 4.) l. 25. §. 1. de contr. emt. (18. 1.) l. 11. §. 2. de act. emt. vend. (19. 1.)

30) Respons. 108.

Digitized by Google

1) müsse der Eigenthümer die Gefahr tragen, zwar nicht beim Kauf überhaupt, aber doch wenn das pact. res. dom. hinzugefügt sey, weil der Verkäufer durch dasselbe stillschweigends die Gefahr übernehme. Zum Beweise wird angeführt l. 195. de reg. jur. (50. 17.): expressa nocent, non expressa non nocent.

2) Der Kauf sey bedingt, denn in Bezug auf den nicht bezahlten Kaufpreis sey der Kauf als nicht geschlossen anzusehen. (?) Die hierzu citirte l. 21. de test. mil. (29. 1.) ist wohl nur zufällig hingeschrieben, so daß jede andere beliebige Stelle zu dem Zwecke auch hätte gebraucht werden können. Als Hauptargument wird

3) angeführt l. 33. locati (19. 2.), wonach der Käufer Erstattung des Preises, nicht aber das Interesse, verlangen kann, wenn ein gekauftes und noch nicht tradirtes Grundstück confiscirt wird. Es sey nämlich diese Stelle von dem Falle zu verstehen, daß sich der Verkäufer das Eigenthum vorbehalten habe. (!) Vielmehr enthält diese Stelle gar nichts, was mit allgemeinen Grundsätzen im Widerspruch stände.

Zur Unterstützung der Carpzov'schen Ansicht führt noch Schilter [31]) folgenden neuen Grund an: daß auf den Käufer gleich nach der Perfection des Vertrages die Gefahr übergehe, das Eigenthum aber nicht, sey eine eigenthümliche Bestimmung des Röm. Rechts; nach dem Naturrecht hingegen treffe den Eigenthümer die Gefahr und dieses sey hier zu befolgen, weil das pact. res. dom. als ein dem Röm. R. fremder Vertrag nicht ausschließlich nach den Grundsätzen desselben beurtheilt werden könne, vielmehr hierbei vornehmlich auf das Naturrecht Rücksicht genommen werden müsse. Ein anderer, wo möglich noch schwächerer Grund, den Schilter §. 58.

31) exercit. ad Pand. ex. 30. §. 57.

Digitized by Google

anführt, mag ganz übergangen werden. Viele der ältern Juristen [32]) haben schon richtig bemerkt, daß der Vorbehalt des Eigenthums dem Wesen des Kaufes nicht zuwider sey. Da nämlich das Eigenthum in der Regel auf den Käufer nach §. 41. Inst. de div. rer. (2. 1.) nur dann übergehe, wenn er den Verkäufer befriedigt habe, so sey es sehr natürlich, daß dieser sich zu seiner Sicherheit das Eigenthum vorbehielte, wenn er dem Käufer Credit gebe. Da also dem Verkauf durch den Vorbehalt des Eigenthums keine Bedingung hinzugefügt werde, so müsse der Käufer die Gefahr der Sache tragen.

Aus dem Angegebenen ergibt sich nun, wie irrig die Ansicht ist, daß der Käufer bis zur Bezahlung des Preises nur als Pachter besitze. Selbst wenn neben dem Vorbehalt des Eigenthums ausdrücklich verabredet würde, daß der Käufer bis zur Bezahlung des Preises ein Pachtgeld bezahlen solle, so würde dieses den Uebergang der Gefahr auf den Käufer nicht hindern. So wie der Käufer vom Augenblick der Tradition an verbunden ist, Zinsen zu zahlen, wenn ihm der Preis nicht creditirt wurde [33]), so kann auch, wenn ihm Credit gegeben wird, verabredet werden, daß er das Capital verzinse, entweder mit den bei dem Darlehn üblichen Procenten, oder indem die zu zahlenden Zinsen als ein Aequivalent der Früchte der verkauften Sache angesehen werden, so daß die Zinsen die Natur eines Pachtgeldes annehmen. Hier ist dem Kauf als Hauptvertrag ein Pacht als Nebenvertrag hinzugefügt [34]). Der Kauf selbst wird dadurch natürlich nicht bedingt; nur die aus ihm entstehenden Rechte und Ver-

32) *Merlin* de pignor. lib. II. quaest. 47. n. 7. *Magon* decis. Flor. 91. n. 9. *Gratiani* decis. rotae provinciae Marchiae d. 13. n. 2. u. die von ihm Citirten.

33) Thib. Syst. §. 279. N. a.

34) l. 20. §. 2. l. 21. locati (19. 2.)

Digitized by Google

bindlichkeiten werden durch diesen Nebenvertrag eigenthümlich modificirt [35]). Daher kann auf Zahlung des Pachtgeldes ohne Zweifel mit der venditi actio geklagt werden [36]). Wenn nun aber, gestützt auf die Glosse ad l. 20. locati [37]), die Juristen [38]) einstimmig behaupten, das verabredete Pachtgeld sey eigentlich nur als Zinsen anzusehen für den nicht gezahlten Kaufpreis und daher finde keine Remission wegen Mißwachses Statt, so ist dieses deshalb ganz falsch, weil die Contrahenten, indem sie ein Pachtgeld verabreden, deutlich erklärt haben, daß die dem Verkäufer, wegen des gegebenen Credits, zu leistende Entschädigung nach dem Verhältniß der von dem Käufer gezogenen Früchte berechnet werden solle. Daher ist es auch zulässig, daß die als Pachtgeld stipulirte Summe den Betrag der landesüblichen Zinsen des creditirten Kaufpreises übersteige, was nach der Ansicht von Hert ꝛc. keineswegs erlaubt wäre, weil unter dem Pachtgeld verbotene Zinsen versteckt seyn würden. Der von Brunnemann a. a. O. zur Unterstützung seiner Ansicht angeführte Grund, daß, da die Sache selbst auf Gefahr des Käufers stände, dieses nothwendig auch von den Früchten gelten müsse, würde ganz richtig seyn, wenn man den Nebenvertrag der Pacht durchaus unbeachtet lassen wollte.

35) *de Amato* var. resol. lib. I. cap. 3. n. 42. *de Tondutis* de praevent. jud. p. I. c. 31. n. 23. 24. *Gratiani* discept. forens. 354. n. 48. seqq.

36) *Mantica* de tacit. convent. lib. 4. tit. 25. n. 8.

37) Casus: vendidi tibi fundum pro 100 solvendis hinc ad annum, interim locavi fundum eidem emtori, fundus periit: non teneor remittere mercedem, neque facere ut possit frui et sic ego non sum obligatus, sed conductor mihi. — gl. ad verb. *exsolvat:* non est enim obligatus locator idemque venditor ad exonerationem mercedis, si res perierit, quia post perfectam emtionem omne commodum et incommodum spectat ad emtorem.

38) *Caepolla* de caut. contr. caut. 125. *Brunnem.* ad l. 20. locat. *Gratiani* discept. for. 354. n. 48. seqq. *Hert* l. c. §. 6.

Digitized by Google

§. 7.

Fortsetzung.

Die unter III. §. 4. angeführte Meinung ist an sich eben so richtig, als für die Praxis nutzlos, denn so bald die Partheien ihre Absicht nicht deutlich erklärt haben, entsteht ja eben die Frage, was als dem Willen der Contrahenten am meisten gemäß im Zweifel angenommen werden müsse.

§. 8.

Entwickelung einer andern Ansicht.

Wenn beim Kauf die Verabredung getroffen ist, daß das Eigenthum der verkauften Sache auf den Käufer nicht eher übergehen solle, als bis er den Preis gezahlt habe, oder, daß der Verkäufer bis zur Zahlung des Preises Eigenthümer bleiben wolle, so sollte man in der That nicht glauben, daß über die Absicht der Contrahenten ein Zweifel entstehen könnte. Die Tradition ist nämlich in diesem Falle unter einer Bedingung geschehen (§. 5.) und überträgt daher vor der Erfüllung derselben kein Eigenthum [39]). Indeß ist die Behauptung aufgestellt, bei dem Kaufcontract könne das pact. res. dom. vernünftiger Weise unter einer Suspensiv-Bedingung nicht vorkommen, denn wenn kein Credit gegeben sey, so gehe der Tradition ungeachtet kein Eigenthum über und daher sey in diesem Falle das pact. res. dom. überflüssig. Es könne das pact. res. dom. daher nur in dem Falle mit rechtlicher Wirkung zugefügt werden, da dem Käufer Credit gegeben sey. Wollte man aber hier in einem Nebenvertrage ausbedingen, ungeachtet des Creditirens solle das Eigenthum erst bei der Bezahlung des Preises übergehen, so erscheine dieses nicht nur unrömisch, sondern es liege

39) l. 38. §. 1. de acq. vel. am. poss. (41. 2.)

Digitized by Google

darin auch ein Widerspruch. Der Käufer sey nämlich nach der Natur des Kaufes nur dann etwas zu zahlen schuldig, wenn ihm die Sache so tradirt sey, daß er dieselbe behalten könne, der Verkäufer creditire daher nur, wenn er mit voller Wirkung leiste und nicht gleich baare Gegenleistung fordere. Ein Vertrag daher, vermöge dessen Jemand verspricht, eine Sache so zu übergeben, daß der Käufer sie behalten und möglicher Weise Eigenthümer werden könne, ohne gleich baldige Zahlung, und die Hinzufügung eines Nebenvertrags, nach welchem man ausbedingt, daß der Käufer die übergebene Sache nur dann erst solle behalten können, wenn er das Kaufpretium bezahlt habe, heiße Credit geben und doch nicht creditiren. Aus alle diesem ergebe sich, daß das pact. res. dom. nur unter einer Resolutiv-Bedingung dem Kaufe hinzugefügt werden könne [40]).

Es ist indeß zwischen dem Falle, wo nicht creditirt und dem, wo creditirt, aber das Eigenthum vorbehalten werde, ein sehr erheblicher Unterschied. Der Käufer ist nämlich zur Bezahlung des nicht creditirten Preises gleich bei der Uebergabe verbunden [41]) und kann daher auf Uebergabe der Sache nur dann klagen, wenn er den Preis anbietet [42]); sollte ihm aber die Sache übergeben seyn, ehe er zahlte, so muß er den Preis verzinsen [43]) und ist außerdem der Gefahr ausgesetzt, daß ihm der Verkäufer in jedem Augenblick die Sache wieder abfordert. Ist dem Käufer hingegen Credit gegeben, aber das Eigenthum vorbehalten, so findet dieses alles nicht Statt und nur der

40) Müller a. a. O. §. 3. ff.

41) l. 18. §. 1. de per. et comm. (18. 6.) l. 24. C. de evict. (8. 45.)

42) l. 11. §. 2. l. 13. §. 8. de act. emt. (19. 1.)

43) l. 13. §. 20. 21. eod. l. 5. C. eod. (4. 49.) l. 18. §. 1. de usur. (22. 1.) Thib. Syst. §. 279. N. a.

Digitized by Google

sonst durch die Tradition möglich werdende Uebergang des Eigenthums wird aufgehalten. Es werden demnach dem Käufer die Vortheile des Creditirens eingeräumt, soweit die Sicherheit des Verkäufers daneben bestehen kann. Der Verfasser des Aufsatzes in der jur. Zeitung 1831. behauptet gleichfalls, es sey unmöglich, daß der Verkäufer nach der Tradition Eigenthümer bleibe, wenn er creditirt habe, und daher müsse das pact. res. dom. nur die Wirkung einer speciellen Hypothek haben. Als Grund wird folgendes angeführt: "Das Eigenthum geht nicht über ohne Tradition, eine reservatio dominii ist vorher also nicht nöthig — eine Tradition geschieht aber nicht ohne Absicht das Eigenthum zu übertragen, die Fälle des s. g. abgeleiteten Besitzes abgerechnet; denn der Besitz setzt einen animus rem sibi habendi, einen animus domini voraus. Das Aufgeben des Besitzes enthält Aufgeben des anim. dom. oder den Willensact, vermöge dessen man eine Sache nicht mehr haben will. Geschieht das Aufgeben absolut, ohne Rücksicht auf einen Dritten, so ist es Dereliction; es ist Tradition, wenn man zugleich will, daß ein Dritter den Besitz ergreife, folglich den anim. domin. habe, Eigenthümer werde. Hieraus folgt also, daß bei unserer Tradition cum pacto reserv. dom. entweder ein neuer Fall des s. g. abgeleiteten Besitzes angenommen werden müßte, d. h. ein neuer Fall, wo Jemand juristischen Besitz hätte, ohne animus domini, und daran ist wohl nicht zu denken; oder daß man dem Käufer vollen Besitz und dann zugleich Eigenthum zusprechen muß."

Es beruht diese ganze Argumentation auf einem nicht schwer zu findenden Trugschlusse. Besitz ist freilich nicht möglich ohne animus domini, aber daraus folgt nicht umgekehrt, daß der animus domini unmöglich sey ohne Besitz, sonst müßte jedesmal mit dem Besitze auch das Eigenthum verloren werden. Dieses ist aber eben so we-

Digitized by Google

nig der Fall, wenn Jemand unfreiwillig den Besitz verliert [44]), als wenn er ihn freiwillig aufgibt [45]). Auch ist es falsch, wenn der Verfasser jenes Aufsatzes unter Tradition die Uebertragung des juristischen Besitzes versteht. Tradition im Allgemeinen ist weiter nichts, als die Uebergabe einer Sache, ohne Rücksicht darauf, welche Rechte dem Empfänger eingeräumt werden. Zum Beweise mag hier nur die in der Note abgedruckte l. 38. erwähnt werden, welche ausdrücklich sagt, possessiones sub conditione *tradi* posse, wonach also eine bedingte Tradition nur die Detention überträgt, so lange die Bedingung schwebt. Der Verkäufer überträgt also bloß die Detention, und gibt daher den animus domini nicht auf.

§. 9.

Kann dem pact. res. dom. eine Zeitbestimmung hinzugefügt werden?

Es ist behauptet worden [46]), es könne dem pact. res. dom. keine Zeitbestimmung hinzugefügt werden, indem es sich gerade hierin von der lex commissoria unterscheide; werde also dem pact. res. dom. eine Zeit für die Erfüllung der Gegenleistung hinzugefügt, so gehe es von selbst in eine lex commissoria über. Wenn nun auch sämmtliche Stellen des Röm. R., in welchen von der lex comm. die Rede ist, eines bestimmten Zeitpunkts erwähnen, welcher dem Käufer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gesetzt war, so gehört eine solche Zeitbestimmung doch nicht zum Wesen der lex comm. Das Wesen der lex comm. besteht vielmehr darin, daß der Contrahent

44) l. 3. §. 13. l. 13. l. 25. pr. de acq. vel am. poss. (41. 2.)

45) l. 4. §. 8. l. 8. de lege Rhodia (14. 2.) l. 43. §. 11. de furt. (47. 2.) l. 38. §. 1. D. de acq. vel am. p. — "possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt quam conditio exstiterit."

46) Müller a. a. O. §. 5.

Digitized by Google

einzelne, oder alle Rechte aus dem Vertrage verlieren soll, wenn er seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt. Daß eine bestimmte Zeit festgesetzt wird, ist nur der gewöhnlichste Fall und daher erklärt es sich warum die Gesetze gerade ihn erwähnen. Daher kann, ohne alle Zeitbestimmung, eine lex comm. auch auf folgende Weise ausgedrückt werden: der Kauf soll als nicht geschlossen angesehen werden, wenn der Käufer seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommt. Die Absicht der Contrahenten, daß der Käufer seine Rechte aus dem Vertrage verwirken soll, ist deutlich genug ausgesprochen; daß aber die Zeit nicht angegeben ist, wann dieses der Fall seyn soll, ist ganz unschädlich, da in dergleichen Fällen die Regel gilt, daß eine Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung keine Frist gesetzt ist, sogleich erfüllt werden muß [47]), daher in diesem Falle, wenn der Verkäufer zur Tradition bereit ist. In der Regel gestattet man aber doch, daß der Richter nach Billigkeit eine Frist setze, nach deren Ablauf erst der Käufer seine Rechte verliert [48]).

Mehrere Juristen [49]) berufen sich zum Beweise der Behauptung, daß die Hinzufügung einer Zeitbestimmung außerwesentlich sey, auf das arg. l. 3. de contr. emt. wo bei dem pactum displicentiae einer bestimmten Zeit nicht erwähnt wird. Es ist aber gar nicht nöthig, diese Analogie herbeizuziehen, da die Natur der Sache jene Meinung unterstützt; und eben darum ist es auch ganz irrelevant, daß keine Gesetze sich dafür anführen lassen; es ist genug, daß keine dagegen sind [50]). Eben so un-

47) l. 41. §. de V. O. (45. 1.)

48) l. 31. de re jud. (42. 1.) Glück Comm. B. 16. S. 276.

49) *Stryck* U. M. P. lib. 18. tit. 3. §. 6. *Lauterb.* coll. eod. §. 9. *Voet* comm. ad P. eod. §. 4.

50) Dieses als Erwiederung auf die Aeußerung im Archiv a. a. O. S. 258. N. 14).

Digitized by Google

wesentlich also bei der lex comm. die Festsetzung eines Zahlungstages ist, eben so wenig ist es umgekehrt bei dem pact. res. dom. nothwendig, daß ein solcher nicht verabredet sey; der Unterschied und die verschiedenen Wirkungen beider Verträge beruhen vielmehr auf der Absicht der Partheien. Daher ist z. B. die Verabredung, daß der Käufer innerhalb zweier Jahre den Preis zahlen solle, und daß der Verkäufer sich bis dahin das Eigenthum vorbehalte, nicht für eine lex comm., sondern für ein pact. res. dom. zu halten. Die Zeitbestimmung ist bei der lex comm. wie bei dem pact. res. dom. zu Gunsten des Käufers, und bewirkt, daß der Verkäufer vorher nicht klagen kann.

Wäre Müller's Behauptung richtig, daß durch Hinzufügung einer Zeitbestimmung das pact. res. dom. in eine lex comm. überginge, so würde von einem pactum res. dom. in unserer Praxis wohl kaum die Rede seyn. Wie oft wird denn wohl eine Sache auf Credit verkauft ohne eine Zahlungsfrist zugleich festzusetzen? Wie selten wird man einen Kaufbrief über Immobilien finden, wo nicht die Zahlungsfristen auf das allergenaueste verabredet wären, und gerade hier kommt das pact. res. dom. am häufigsten vor. Eine lex comm. in einem solchen Falle anzunehmen ist aber der Absicht der Contrahenten geradezu entgegen, indem dem Verkäufer nicht sowohl daran gelegen ist, die Sache selbst wieder zu haben, als vielmehr wegen des Preises auf alle Fälle sicher zu seyn und diese Absicht spricht sich gerade in dem hinzugefügten pact. res. dom. aus.

§. 10.

Kann das pactum res. dominii als Resolutivvertrag vorkommen?

Es leidet keinen Zweifel, daß die Partheien den Kauf unter einer Resolutiv-Bedingung in der Art abschließen

Digitized by Google

können, daß das Eigenthum an den Verkäufer zurückfallen solle, wenn der Käufer seinen Verbindlichkeiten nicht genüge. Allein es fragt sich, ob eine solche Verabredung ein pactum *reservati* dominii heißen könne. Glück [51]) meint, es hinge von der Absicht der Contrahenten ab, ob sie das pact. reserv. dom. als Suspensiv- oder als Resolutivbedingung dem Kaufe hinzufügen wollten. Die Behauptung Müller's, es könne das pact. res. dom. beim Kauf möglicher Weise nur als Resolutiv-Bedingung vorkommen, ist schon oben (§. 8.) erwähnt. Rücksichtlich der Wirkung dieses Vertrags, behauptet Müller weiter, müsse unterschieden werden:

a) ob der Rückfall, oder

b) der Rückerwerb des Eigenthums vorbehalten sey. Im erstern Falle erhalte der Verkäufer eine dingliche, im zweiten nur eine persönliche Klage; ob aber das eine, oder das andere anzunehmen sey, darüber müsse die Absicht der Contrahenten entscheiden.

Eine solche Verabredung des Rückfalls, oder Rückerwerbs kann aber deshalb ein pact. res. dom. nicht genannt werden, weil das Eigenthum in der That übergegangen und nur dessen Rückkehr zu dem vorigen Eigenthümer verabredet ist. Seinem Wesen nach bestehet jeder Vorbehalt in der Erklärung, daß man gewisse Rechte behalten wolle, deren Aufgebung außerdem aus den Umständen folgen würde. Wer daher ein Recht aufgiebt und dabei ausmacht, daß unter gewissen Umständen das Recht als nicht aufgegeben angesehen werden solle, der behält sich nichts vor, sondern bedingt sich von neuem ein Recht aus, welches er nicht mehr hat.

Daß der Verkäufer sich ausbedingen kann, es solle der Käufer unter gewissen Umständen verpflichtet seyn, die

51) Comm. B. 16. S. 230. 231.

Digitized by Google

gekaufte Sache dem Verkäufer wieder zurück zu übertragen, so daß er aus einem solchen Vertrage nur eine persönliche Klage gegen den Käufer erwirbt, ist auf jeden Fall zulässig. Ist aber jener Vertrag in der Absicht hinzugefügt, den Verkäufer wegen seiner Ansprüche sicher zu stellen, und nicht etwa als pact. de retrovendendo, so muß, wenn nicht zugleich die Absicht, nur eine persönliche Verbindlichkeit des Käufers begründen zu wollen, auf das unzweifelhafteste ausgesprochen ist, angenommen werden, es sey der Rückfall verabredet; denn jener Vertrag, daß der Käufer verpflichtet seyn solle, die Sache zurückzugeben, gewährt fast gar keine Sicherheit, und daher muß nach dem bekannten: plus valet quod actum, quam quod dictum est [52]), die Absicht den unpassend gewählten Worten vorgezogen werden. Die Behauptung von Zimmern [53]): im Zweifel sey anzunehmen, der Verkäufer wolle nur einen persönlichen Anspruch gegen den Käufer auf Zurückübertragung der Sache erwerben, ist daher der Absicht der Contrahenten geradezu entgegen.

Wenn es nun aber auch möglich wäre, daß das pact. res. dom. als eine Resolutiv-Bedingung dem Hauptvertrage hinzugefügt würde, so sieht man in der That nicht ein, warum einige Rechtslehrer [54]) noch die Beschränkung machen, daß durch das pact. res. dom. der Rückfall des Eigenthums ausbedungen werde, auf den Fall, daß der Käufer insolvent werde. Freilich zeigt sich gerade in diesem Falle der Nutzen des pact. res. dom.; aber liegt es wohl in der Natur der Verabredung, dem Verkäufer gegen den säumigen, aber solventen Käufer die Vindication abzusprechen, durch welche jener den Weiterungen

52) l. 6. §. 1. de contr. emt.

53) Archiv für die civ. Pr. B. 5. S. 238.

54) Thibaut System §. 955. welchem Müller a. a. O. und Hagemann B. 7. N. 22. folgen.

Digitized by Google

auswerchen will, welche ihm bei Anstellung der persönlichen Klage auf Zahlung des Preises, durch die mancherlei möglichen Einreden (z. B. die Sache sey fehlerhaft ꝛc.) drohen? Ist das Eigenthum bis zur Zahlung des Preises vorbehalten, so liegt es in dem Zwecke dieser Verabredung, daß es auch bis dahin, ohne Beschränkung auf besondere Fälle, ausgeübt werden könne.

§. 11.

Die Verabredung des Rückfalls ist von einer lex comm. nicht verschieden.

Es fragt sich noch, ob, wenn die Verabredung dahin lautet, daß das Eigenthum, falls der Käufer zur gehörigen Zeit seiner Verbindlichkeit nicht genüge, auf den Verkäufer zurückfallen solle, eine solche Verabredung ein von der lex comm. verschiedener Vertrag sey.

Giebt man zu, daß, um das pact. comm. beim Kaufe auszudrücken, nicht durchaus die in unsern Quellen in der Regel vorkommenden Ausdrücke gebraucht werden müssen, es solle die Sache als nicht verkauft angesehen werden (ut fundus inemtus sit), sondern daß es nur darauf ankomme, daß die Partheien deutlich ihre Absicht aussprechen, daß der säumige Käufer seine Rechte aus dem Vertrage verlieren solle — so wie denn auch in l. 1. C. de pactis inter emt. et vend. (4. 54.) ein pact. comm. durch die Worte: ut dominium ad venditorem pertineret eine lex comm. ausgedrückt wird — so ist das angeblich als Resolutiv-Bedingung gleichfalls mögliche pact. res. dom. von einer lex comm. durchaus nicht zu unterscheiden.

§. 12.

Das pact. res. dom. kann nur so lange abgeschlossen werden, als der Käufer noch nicht Eigenthümer geworden ist.

Da hiernach das pact. res. dom. nur als Suspensiv-Bedingung vorkommen kann, welche den Uebergang des

Digitized by Google

Eigenthums auf den Käufer hemmt, so ist es ganz klar, daß es mit Wirksamkeit nicht mehr eingegangen werden kann, wenn das Eigenthum bereits auf den Käufer übertragen ist. Der Vorbehalt wird daher regelmäßig vor der Tradition ausbedungen werden müssen. Glück [55]) behauptet nun auch, daß, wenn das pact. res. dom. als Resolutiv-Bedingung dem Kaufe hinzugefügt würde, dieses gleichfalls vor der Uebergabe geschehen müsse, weil, wenn das Eigenthum einmal auf den Käufer übergegangen sei, der Verkäufer sich vergeblich vorbehalten würde, was er nicht mehr habe. Es ist dieser Satz im Allgemeinen aber so richtig, als er hier falsch angewendet wird. Wird nämlich der Rückfall des Eigenthums verabredet, so geht durch die Tradition das Eigenthum über. Da hier also von einem Vorbehalte gar nicht die Rede ist (§. 9.), sondern nur von einer bedingten Wiedererlangung eines aufgegebenen Rechtes, so kann jener Vertrag des Rückfalls auch nach der Tradition abgeschlossen werden, denn es ist eine solche Verabredung ja nur eine lex commissoria (§. 10.) Die Behauptung mehrerer Juristen [56]), es müsse die lex comm. auf der Stelle dem Hauptvertrage beigefügt werden, ist freilich den Grundsätzen des Röm. Rechts gemäß [57]), paßt aber nicht mehr zu der Klagbarkeit, welche die Praxis allen Verträgen, ohne Rücksicht auf die Form, beilegt [58]) und welche auch Lauterbach an einem andern Orte zugiebt [59]).

Nach der Tradition kann nur dann das pact. res. dom. abgeschlossen werden, wenn das Eigenthum durch dieselbe noch nicht übergegangen ist. Nehmen wir

55) Comm. B. 16. S. 234.

56) *Lauterb.* coll. lib. 18. tit. 3. §. 8. u. die daselbst Citirten.

57) l. 7. §. 5. de pactis (2. 14.)

58) *Stryck* U. M. P. lib. 18. tit. 3. §. 9. Thib. System §. 168.

59) coll. th. pr. lib. 2. tit. 14. §. 68.

Digitized by Google

an, der Verkäufer habe tradirt, ohne Credit verwilligt zu haben, so kann er denselben hinterher geben und sich jetzt noch das Eigenthum vorbehalten [60]). Ist das Eigenthum aber auf den Käufer übergegangen, so ist ein Vorbehalt desselben nicht mehr möglich, wiewohl noch auf dem Wege eines constitutum possessorium dem Verkäufer in gewisser Hinsicht eine eben so große Sicherheit gewährt werden kann, als durch das pact. res. dom. [61]) Denken wir uns den Fall, es habe der Verkäufer Credit bewilligt und die Sache übergeben, der Käufer sey also Eigenthümer geworden. Der Verkäufer verlange nun Zahlung nach Ablauf der Frist, der Käufer bitte aber noch um einen längeren Credit, welchen jener nur unter der Bedingung gestatten wolle, daß er wieder Eigenthümer werde: so kann der Verkäufer das Eigenthum dadurch wieder erwerben, daß der Käufer erklärt, er wolle sein Eigenthum wieder aufgeben und die Sache fortan im Namen des Verkäufers besitzen [62]). Durch diesen bloßen Vertrag wird der Verkäufer wieder Eigenthümer. Es liegt aber in dem ganzen Vorgange kein Vorbehalt des Eigenthums, sondern eine neue Erwerbung desselben, weshalb dann auch der Verkäufer das Eigenthum nur in dem Umfange erwerben könnte, wie es der Käufer selbst noch hätte, also beschwert mit allen dinglichen Rechten, welche dieser, während der Dauer seines Eigenthumsrechtes, Anderen an der Sache einräumte [63]). Es bedarf keiner besondern Bemerkung, daß der Vorbehalt des Eigenthums, wie jeder Vertrag, die Einwilligung beider Contrahenten erfordert. Wenn daher eine Sache auf Credit verkauft

60) *Schneider* l. c. §. 32. *Gmelin* l. c. §. 3.

61) *Brunnem.* comm. ad P. ad l. 80. de contr. emt. *Curtius* cap. 2. N. 20.

62) v. Savigny Besitz §. 27.

63) *Fetzer* l. c. §. 25.

Digitized by Google

ist, so kann der Verkäufer nachher bei der Tradition das Eigenthum einseitig sich nicht mehr vorbehalten, weil einem abgeschlossenen Vertrage wider den Willen des andern Contrahenten willkührliche Beschränkungen nicht hinzugefügt werden können.

§. 13.

Begriff des pact. res. dom.

Das bisher gewonnene Resultat ist daher folgendes: das pact. res. dom. ist eine der Tradition hinzugefügte Suspensiv-Bedingung, durch welche der Uebergang des Eigenthums bis zur Erfüllung der Verbindlichkeiten des Erwerbers gehemmt wird.

§. 14.

Zweck und Wesen des pact. res. dom.

Der Zweck des pact. res. dom. besteht, wie einstimmig zugegeben wird, darin, dem Verkäufer die möglichst große Sicherheit wegen der von dem Käufer noch zu erfüllenden Verbindlichkeiten zu geben. Es hat daher im Ganzen den Zweck des pact. hypothecae. Daher ist es wohl nicht zu gewagt, von der gesetzlich bekannten Natur der Hypothek ein Argument herzunehmen für die Beurtheilung der Natur des pact. res. dom. Die dingliche Klage, welche der Pfandgläubiger hat, soll ihm blos ein Mittel seyn, zu seiner Befriedigung zu gelangen, keineswegs gründet sie sich aber auf ein selbstständiges Interesse auf den Besitz der Sache selbst. Daher liegt die Bestimmung, daß jeder Besitzer des Pfandes durch Befriedigung des Pfandgläubigers sich den Besitz der Sache sichern kann [64]), durchaus in dem Zwecke des Pfandes. Da nun aber der

64) l. 19. qui pot. in pign. (20. 4.) l. 12. §. 1. quib. mod. pign. (20. 6.)

Digitized by Google

Zweck des pact. res. dom. wesentlich derselbe ist, so muß hier dieselbe Bestimmung angewendet werden. Daher muß es nicht nur dem ersten Erwerber gestattet seyn, der Vindication des Eigenthümers durch Bezahlung des noch rückständigen Preises auszuweichen, sondern auch jedem, welcher von dem ersten Erwerber, welcher seinen Verbindlichkeiten gegen den Verkäufer nicht genügte, die Sache erhielt, muß dieselbe Befugniß zustehen. Die Absicht der Contrahenten dient dieser Ansicht sehr zur Unterstützung. Der Verkäufer nämlich will wegen des Preises gesichert seyn, darum behält er sich das Eigenthum vor, zu dessen Uebertragung er sich aber verpflichtet hat, wenn er befriedigt wird. Von wem er seine Befriedigung erhält, mag ihm gleichgültig seyn, denn das vorbehaltene Eigenthum hat in diesem Falle seinen Zweck erreicht, wenn es dem Gläubiger seine Befriedigung verschaffte [65]). Diese bei der Vindication ganz auffallende Erscheinung erklärt sich aber dadurch, daß das vorbehaltene Eigenthum kein Recht ist, welchem ein selbstständiges Interesse zum Grunde liegt, sondern ein Recht, welches nur zur Realisirung eines andern Rechtes dienen soll.

§. 15.

Ueber den Besitz des Käufers.

Die Frage, ob der Käufer als juristischer Besitzer, oder nur als Detentor anzusehen sey, ist von den Juristen meistens unberührt gelassen. Schneider [66]) entscheidet sich beiläufig und ohne weitere Gründe anzuführen für den juristischen Besitz des Käufers, indem er dem Ver-

65) Diese Ansicht findet sich auch bei *Fetzer* l. c. §. 28. im Anf. angedeutet. Dasselbe will auch wohl Schweppe Röm. Privatrecht §. 368. 4te Aufl. sagen mit den Worten: "so ferne aber die Sicherheit des frühern Eigenthümers nicht darunter leidet, muß man allerdings von der Idee eines bloßen Pfandrechts ausgehen."

66) l. c. §. 46.

Digitized by Google

käufer nur unter der Voraussetzung das Recht giebt, die possessorischen Interdicte anzustellen, wenn dem Vorbehalte des Eigenthums die clausula constituti possessorii angehängt sey, also der Käufer ausdrücklich versprochen habe, im Namen des Verkäufers besitzen zu wollen. Fetzer [67]) erwähnt des Besitzes des Käufers nur in so fern, als er ihn bei Gelegenheit der Frage, welche Früchte der Käufer zu restituiren habe und welche Verwendungen derselbe ersetzt verlangen könne, für einen bonae fidei possessor ausgiebt. Da indeß ein juristischer Besitz ohne den animus domini nicht möglich ist — die wenigen Fälle des abgeleiteten Besitzes abgerechnet [68]) — der Käufer aber, so lange er das Eigenthum des Verkäufers anerkennt, den animus domini nicht haben kann, so kann sein Besitz auch nur als Detention angesehen werden. (§. 8. a. E.)

§. 16.

Vindicationsrecht des Verkäufers.

So allgemein auch behauptet wird, es könne der Verkäufer, wenn er keinen Credit gab, die übergebene Sache vindiciren, ohne daß es dem Käufer gestattet sey, sich durch Erbieten zur Zahlung von der Herausgabe der Sache zu befreien [69]), so scheint dieses der Natur der Sache eben so wenig gemäß zu seyn, als den Vorschriften des gemeinen Rechts. Die l. 12. C. de contr. emt. vend. (4. 38.): "pretium sane, si eo nomine satisfactum non probetur, peti potest, nec enim, licet in continenti facta, poenitentiae contestatio consensu finita rescindit" läßt sich auch dahin erklären, daß der

67) l. c. §. 33. §. 34.

68) v. Savigny das Recht des Besitzes §. 9. §. 23.

69) Dabelow ausführliche Entwickelung S. 591. Schweppe Concurs §. 44.

Digitized by Google

Verkäufer, welcher den Preis nicht creditirte, nicht gleich durch Vindication der übergebenen Sache den abgeschlossenen Vertrag wieder aufheben, sondern zunächst nur auf Bezahlung des Preises klagen könne. Dem Zwecke der Bestimmung, daß das Eigenthum nicht eher übergehen solle, als bis der nicht creditirte Preis gezahlt sey, ist dieses auch ganz gemäß, denn der Verkäufer soll hiernach, wenn er die Sache in der Hoffnung hingab, sogleich seine Befriedigung zu erhalten, nicht bloß an die Person des Käufers gewiesen werden, wenn derselbe seiner Pflicht nicht genügt, er soll aber auch auf der andern Seite nicht noch ein selbstständiges Interesse auf den Besitz der Sache selbst haben.

Hiermit scheint in Widerspruch l. 5. §. 18. de tribut. act. (14. 4.), worin gesagt wird, das Eigenthum der verkauften Sache gehe nur wenn der Preis gezahlt, oder Credit gegeben sey, auf den Käufer über, daher brauche der Verkäufer, welcher nicht creditirt habe, die tributoria actio nicht anzustellen, sondern könne vindiciren. Wenn nämlich Mehrere mit einer in väterlicher Gewalt stehenden Person, oder einem Sclaven, welcher, ohne daß der Vater, oder Herr widerspricht [70]), in eignem Namen Handel treibt, contrahirt haben, so können sie, wenn die Handlung insolvent wird, den Vater, oder Herrn belangen, die vorhandenen Waaren verhältnißmäßig unter sie zu vertheilen. Nach jener Stelle braucht der, welcher, ohne zu creditiren, an die Handlung Sachen verkaufte, auf die Vertheilung sich nicht einzulassen, sondern kann die noch vorhandenen vindiciren. Von dem Recht des Vaters, oder des Herrn, oder der übrigen Gläubiger, den Vindicanten durch Bezahlung seiner Forderung abzuweisen, enthält aber die Stelle nichts und es kann auch dieses

70) l. 1. §. 3. de trib. act.

Digitized by Google

Recht im Fall der Insolvenz nach der Natur des Verfahrens, welches nach dem Röm. R. dabei eintrat, nicht vorkommen. Die Grundsätze des Röm. R. über den Uebergang des Eigenthums beim Kauf und über das Vindicationsrecht des Verkäufers sind daher folgende: die in Folge eines Kaufs geschehene Tradition überträgt nur dann Eigenthum, wenn der Preis bezahlt, oder creditirt ist; außer diesen Fällen bleibt also der Verkäufer Eigenthümer und kann die Sache vindiciren, wenn der Käufer insolvent wird (l. 5. §. 18. cit.), abgesehen vom Falle der Insolvenz kann aber der Käufer durch Bezahlung des Preises die Vindication abwenden (l. 12. cit.). Da indeß nach den Grundsätzen unsers heutigen Concursrechtes die Gläubiger der Cridar repräsentiren, so weit ihnen dieses vortheilhaft ist und die Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses dieses gestattet [71]), so fordert es die Consequenz, daß wir jene dem Geiste unsers Concurses durchaus entgegenstehende Bestimmung verlassen und auch der Gläubigergemeinschaft gestatten, die Vindication des Verkäufers durch Bezahlung des Preises abzuwenden.

Da der Verkäufer hiernach, wenn er nicht creditirte, nur ein subsidiarisches Vindicationsrecht hat, so muß dieses um so mehr auch in dem Falle gelten, wo er unter Vorbehalt des Eigenthums Credit verwilligte; denn das vorbehaltene Eigenthum kann dem Verkäufer nicht mehrere Rechte geben, als sein Eigenthum überhaupt nach abgeschlossenem Kaufe noch in sich enthält.

Es ergiebt sich daher, daß das pact. res. dom. eine ganz andere Wirkung hat, als eine dem Kaufe hinzugefügte lex commissoria. Beide Verträge geben dem Verkäufer ein Vindicationsrecht, dessen Wirkung aber im letztern Falle durch das Anerbieten des Käufers, jetzt Zahlung

71) Schweppe Concurs §. 59.

Digitized by Google

leisten zu wollen, nicht mehr gehemmt werden kann, weil die Verabredung bestimmt darauf gerichtet ist, daß der säumige Käufer alle Rechte aus dem Vertrage verlieren solle.

Das subsidiarische Eigenthum, welches das pact. res. dom. dem Verkäufer giebt, gewährt demselben aber weit mehr Sicherheit, als das Pfandrecht, weil dasselbe durch privilegirtere Hypotheken, welche bei dem Käufer vielleicht entstehen, wirkungslos gemacht werden kann [72]), während wenn der Verkäufer sich das Eigenthum vorbehalten hat, in Bezug auf den Käufer die Sache als eine fremde erscheint, welche derselbe mit dinglichen Rechten keiner Art zum Nachtheil des Verkäufers belasten kann.

Die subsidiarische Natur des vorbehaltenen Eigenthums hat auch Hert [73]) hervorgehoben; nur ist wohl seine falsche Darstellung des Verhältnisses die Ursache gewesen, daß er auf mehrere Irrthümer gerathen ist und daß seine Ansicht bei Andern nicht größern Beifall gefunden hat. Er behauptet nämlich, man müsse ein ordentliches (ordinarium) und ein subsidiarisches (subsidiarium) Eigenthum beim pact. res. dom. unterscheiden. Jenes habe der Käufer, dieses der Verkäufer, vornehmlich rücksichtlich der übrigen Gläubiger des Käufers. Allein eine solche Trennung der im Eigenthum enthaltenen Rechte ist unmöglich [74]). Abgesehen von einem Eigenthum mehrerer an derselben Sache nach intellectuellen Theilen, kann das Eigenthum immer nur Einem zustehen. Da nun das pact. res. dom. bewirkt, daß der Verkäufer Eigenthümer bleibt, so kann es nicht zugleich auch der Käufer seyn; daher ist die Ansicht Hert's a. a. O. daß der Käufer vermöge seines ordentlichen Eigenthums die verkaufte Sache von

72) S. §. 5. Note 18).
73) l. c. §. 7.
74) Schon von Schneider a. a. O. §. 25. bemerkt.

Digitized by Google

Dritten vindiciren könne, offenbar unrichtig. Er kann nur gegen den Verkäufer ex emto klagen, daß er ihm die Sache wieder verschaffe, oder die rei vindicatio cedire. Die Rechtslehrer, welche das pact. res. dom. als eine Resolutivbedingung ansehen (§. 2. b.), geben nach ihrer Ansicht ganz consequent dem Käufer, so lange die Bedingung schwebt, die Vindication, wie dieses z. B. auch Schweppe §. 266. a. ausdrücklich behauptet.

§. 17.

Wirkung des pact. res. dom. abgesehen von der Insolvenz des Käufers.

Wenn der Käufer zur bestimmten Zeit seinen Verbindlichkeiten nicht genügt und solvent ist, so kann der Verkäufer entweder mit der venditi actio auf Erfüllung klagen, und dann wird die Execution auf die gewöhnliche Weise vollstreckt; oder er kann geradezu die Vindication anstellen, welcher der Käufer durch Bezahlung der Forderung ausweichen kann. Die Behauptung Gratians[75]), es könne der Verkäufer nur auf Erfüllung des Vertrags klagen und nicht vindiciren, weil die Befugniß vom Vertrage abzugehen nur beim pact. commissorium vorkomme, widerlegt sich durch die Voraussetzung, daß das pact. res. dom. nur eine specielle Hypothek gebe. Wenn nun der Verkäufer die rei vindicatio anstellt, und der Käufer bereit ist, die Sache herauszugeben, so sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1) Die Sache ist verschlechtert. Wiewohl der Verkäufer in diesem Falle in der Regel die Contracts-Klage anstellen wird, so ist es doch immer möglich, daß er die Vindication vorzieht und daher ist dieser Fall auch zu erwähnen. Ist die Sache zufällig verschlechtert, so kann er

75) discept. for. tom. 3. cap. 523. n. 19.

Digitized by Google

natürlich keinen Ersatz verlangen und eben so wenig den Käufer wegen dessen weiter in Anspruch nehmen, was bei einem weitern Verkauf der Sache etwa weniger herauskommt, als der erste Käufer versprochen hatte [76]). Wegen schuldvoller Verschlechterung muß nach den bei der Vindication geltenden Regeln Ersatz gegeben werden.

2) Die Sache ist mehr werth geworden. Freilich wird der Käufer in der Regel dann den Preis zahlen und die Sache behalten; allein es fragt sich, ob er, wenn er die Sache herausgiebt, den Ueberschuß des jetzigen Werthes gegen den früher stipulirten Kaufpreis verlangen könne. Es kommt hier zunächst darauf an, worin die Erhöhung des Werthes der Sache ihren Grund hat. Ist nämlich:

a) der Werth der Sache durch Umstände erhöht, die außer dem Willen des Käufers liegen, z. B. durch Alluvion, oder durch größere Nachfrage nach solchen Sachen, so ist gar kein Rechtsgrund ersichtlich, aus welchem der Käufer den Mehrbetrag des Werthes fordern könne. Er hat nur die Wahl die Sache herauszugeben, oder den Kläger zu befriedigen.

b) Ist hingegen der Werth der Sache erhöht durch Verwendungen des Käufers, so gebührt demselben dafür eine Entschädigung nach Maßgabe der bei der Vindication geltenden Grundsätze.

aa) Die nothwendigen Verwendungen müssen dem Käufer auf jeden Fall ersetzt werden [77]).

bb) Zweifelhafter scheint es, wie es mit dem Ersatze der nützlichen Verwendungen zu halten sey. Fetzer [78]) behauptet, es müßten dem Käufer deshalb auch die nützlichen Verwendungen ersetzt werden, weil er als bonae

76) l. 12. §. 1. de contr. emt. (18. 1.)

77) Thib. Syst. §. 569.

78) l. c. § 32. Diese Ansicht findet sich auch bei *de Franchis* decis. sacri regii consil. Neapol. ed. Venet. 1720. dec. 506. n. 8.

Digitized by Google

fidei possessor anzusehen sey, da er unter der Bedingung, daß er den Preis zahle, wahrer Eigenthümer seyn würde. Da der Käufer indeß nur Detentor ist (§. 15.), so paßt auf diesen weder der Begriff eines bonae, noch eines malae fidei *possessor*; der Käufer weiß aber, daß die Sache einem andern gehört und daher kann er streng genommen, den Ersatz der nützlichen Verwendungen nicht verlangen, weil die Gesetze [79]) annehmen, er habe schenken wollen. Da indeß der, welcher unter dem Vorbehalt des Eigenthums eine Sache kaufte, in einem andern Verhältniß zu derselben stehet, wie etwa ein Usufructuar oder Pachter, weil jener die begründete Hoffnung hat, das Eigenthum der Sache zu erwerben, so kann man wohl, wenn er im Vertrauen hierauf nützliche Verwendungen gemacht hat, in diesem Falle der billigern Meinung einiger Praktiker [80]) beitreten, welche den Eigenthümer in so weit zum Ersatze der nützlichen Verwendungen verbunden halten, als er durch dieselben bereichert wird.

cc) Wegen der zierenden Verwendungen findet überhaupt nur das Recht der Wegnahme Statt.

In Betreff der mit der Hauptsache zu restituirenden Früchte dürften folgende Grundsätze entscheidend seyn:

Die hängenden Früchte werden mit der Hauptsache restituirt [81]). Was aber die percipirten Früchte anbelangt, so ist so viel wieder gewiß, daß, wenn die von dem Käufer bis zur Zahlung des Preises zu entrichtenden Zinsen nach der Verabredung die Natur eines Pachtgeldes angenommen haben, der Käufer in diesem Falle die Früchte behalten kann, weil er rücksichtlich derselben als Pachter anzusehen ist. Abgesehen von diesem Falle findet sich

79) §. 30. Inst. de rer. divis. (2. 1.) l. 7. §. 12. D. de acq. rer. dom. (41. 1.)

80) *Lauterbach* coll. theor. pract. lib. 41. tit. 1. §. 102.

81) l. 44. de rei vind. (6. 1.)

Digitized by Google

wieder die Behauptung, der Käufer sey ein bonae fidei possessor und restituire daher nur die noch hängenden Früchte [82]). Wenn auch die Voraussetzung richtig wäre, so ist doch die Folgerung falsch, denn der bonae f. poss. muß auch die percipirten, bei ihm noch vorhandenen und nicht usucapirten Früchte herausgeben [83]). Zur Rechtfertigung jener Ansicht bezieht sich Fetzer, mit Rücksicht auf Hert, noch darauf, daß das Eigenthum des Verkäufers doch eigentlich nur ein subsidiarisches sey, indem das wahre Eigenthum dem Käufer zustehe; er percipire daher die Früchte kraft eignen Rechts und brauche dem Verkäufer nur den Preis zu verzinsen. Die Unmöglichkeit der Trennung in ordentliches und subsidiarisches Eigenthum ist aber schon oben (§. 16. a. E.) nachgewiesen. Der Käufer hat bloß die Detention (§. 15.) und daraus folgt, daß er alle Früchte, welche er gezogen hat, entweder in Natur, oder deren Werth herausgeben muß. Es scheint selbst behauptet werden zu müssen, daß der Käufer auch wegen der vernachlässigten Früchte Ersatz geben muß. Als leitendes Princip kann hier nur der Satz aufgestellt werden, daß der Verkäufer völlig schadlos gehalten werden muß, da der Käufer, indem er den Preis nicht zahlt, durch seine Schuld die Veranlassung giebt, daß der Kauf wieder aufgehoben wird. Und so wie der Verkäufer den etwa empfangenen Theil des Kaufpreises zurückgeben muß mit den landesüblichen Zinsen, ohne Rücksicht darauf, ob er dieselben wirklich gezogen hat, oder nicht, so muß auch der Käufer alle Früchte ersetzen, die der Verkäufer hätte ziehen können, wäre er in dem Besitze der Sache geblieben.

Findet aber wegen der Früchte nur eine persönliche Klage Statt, oder kann der Verkäufer nicht wenigstens

82) *Fetzer* l. c. §. 34.

83) l. 22. C. de rei vind. (3. 32.)

Digitized by Google

die noch vorhandenen Früchte gleichfalls vindiciren? Da der Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum der Früchte als selbstständiger Objecte mit ihrer Trennung von der Hauptsache erwirbt [84]), so kann er dieselben, wenn sie noch vorhanden sind, vindiciren. Es liegt nämlich in der Absicht des Verkäufers, daß, so wie er die Substanz des Grundstücks nur bedingt tradirt hat, dasselbe auch mit der Benutzung desselben der Fall ist; denn der Verkäufer will wegen seiner Ansprüche durch das pact. res. dom. die möglichst große Sicherheit erlangen. Er hat daher nur unter der Voraussetzung dem Käufer die Perception der Früchte gestattet, daß er wegen des Preises befriedigt werden würde, und macht, wenn diese Bedingung nicht erfüllt wird, das ihm an der Sache, wie an den Früchten zustehende Eigenthum geltend. Rücksichtlich der nicht mehr vorhandenen Früchte kann nur eine persönliche Klage Statt finden [85]).

§. 18.

Wirkung des pact. res. dom. im Concurse des Käufers.

Daß der Verkäufer mit der venditi act. in den Concurs sich einlassen, und daß er nur auf diesem Wege seine Befriedigung suchen kann, wenn die Sache untergegangen ist, bedarf eben so wenig einer weitern Erörterung, als der Satz, daß der curator massae durch Herausgabe der Sache den Verkäufer, welcher die venditi actio anstellt, nicht zurückweisen kann [86]).

Es sind hier nun drei Fälle zu unterscheiden:

1) Der Verkäufer liquidirt mit seiner venditi actio im Concurse, ohne seines vorbehaltenen Eigenthums zu

84) v. Savigny Besitz §. 22. a.

85) Glück Comm. B. 8. S. 299. ff.

86) *Lauterb.* coll. theor. pr. lib. 19. tit. 1. §. 51.

Digitized by Google

erwähnen. Dann ist er wie jeder Concursgläubiger zu behandeln und erhält seine Befriedigung in der letzten Classe. Auf diese Weise sein Recht geltend zu machen, kann der Verkäufer dadurch bewogen werden, weil die Sache, auf welcher das vorbehaltene Eigenthum ruht, bedeutend an Werth verloren hat, und weil außerdem die Masse so reich ist, daß er bei einer Vertheilung selbst in der 5ten Classe mehr zu erlangen Hoffnung hat, als er durch Herausgabe der Sache selbst empfangen würde.

2) Der Verkäufer tritt mit der Vindication auf. Gleich den übrigen Vindicanten braucht er sich in den Concurs nicht einzulassen und kann schon vor Beendigung desselben Herausgabe der Sache verlangen. Zur Vindication wird der Verkäufer dann seine Zuflucht nehmen, wenn er nur aus der Sache selbst seine Befriedigung erlangen kann.

3) Der Verkäufer liquidirt mit der venditi actio, und beruft sich dabei auf sein vorbehaltenes Eigenthum. Der Verkäufer beabsichtigt hierdurch, so viel möglich wegen seines Interesses befriedigt zu werden, wenigstens aber doch bis auf den Werth der Sache selbst. Es ist dieser Fall mit dem unter 1) angegebenen im Ganzen gleich, zumal da aus der Anstellung der venditi actio auf einen Verzicht auf das vorbehaltene Eigenthum nicht geschlossen werden kann. (§. 22.) Der Verkäufer wählt in beiden Fällen den Weg der persönlichen Klage und die ausdrückliche Berufung auf das vorbehaltene Eigenthum im letztern hat nur dadurch Wirkung, daß der curator massae von dessen Daseyn in Kenntniß gesetzt wird. (S. unten.)

Der Fall der Vindication bedarf noch einer nähern Erläuterung. Von den übrigen Vindicanten unterscheidet sich der Verkäufer darin, daß der curator massae durch Bezahlung des Preises die Sache in der Concursmasse zurückhalten kann, weil diese Befugniß dem Käufer selbst

Digitized by Google

zustand (§. 15.). Mit der Veräußerung der Sache hat dann der Verkäufer weiter nichts zu thun; und da die Masse die Sache auf ihre Gefahr behält, so versteht es sich ganz von selbst, daß auch nur sie die Kosten des weiteren Verkaufes tragen kann:

Struben rechtl. Bed. Th. 2. N. 397. der Spangenbergschen Ausgabe. (I. 33. der alten Ausg.) v. Bülow u. Hagem. Th. 7. N. 22.

Wird dem Verkäufer aber der Kaufpreis nicht gleich gezahlt, so kann er Herausgabe der Sache verlangen. Die Behauptung, daß er dieselbe dann weiter verkaufen und den Erlös, soweit er seine Forderung übersteige, der Masse einliefern müsse [87]), ist nur dann richtig, wenn bei der Herausgabe der Sache diese Bedingung gemacht ist. Denn wegen der zufälligen Vermehrung des Werthes der Sache versteht sich jene Verpflichtung nicht von selbst, und die Forderung wegen Verwendungen kann immer nur durch Einreden geltend gemacht werden [88]) (§. 16). Mehrere Juristen [89]) nennen das Recht des Verkäufers, die Sache aus dem Concurse zu ziehen, ein Separationsrecht. Indeß verstehen sie darunter doch wohl nur ein Vindicationsrecht, welches man auch Separation ex jure dominii zu nennen pflegt; denn von dem eigentlichen Separatisten (ex jure crediti) unterscheidet sich der Verkäufer dadurch, daß er sein Eigenthumsrecht geltend macht [90]). Jene können immer nur Befriedigung aus einer einzelnen Sache, oder aus einem Inbegriff von Sachen, niemals aber die Sache selbst verlangen, weil ihnen kein dingliches Recht an der Sache zusteht. Wenn nun der Käufer sein Vindicationsrecht geltend macht, so muß er die Verwen-

87) Schweppe Concurs §. 46. ed. 3.
88) Thibaut Syst. §. 264.
89) *Fetzer* l. c. §. 27. Glück Th. 16. S. 233.
90) Schweppe Concurs §. 147.

Digitized by Google

dungen nach den §. 16. angegebenen Grundsätzen vergüten. Daher kommen diese der Concursmasse zu Gute oder werden, wenn die Sache nicht ausgeliefert wird, von dem Werthe derselben abgezogen [91]), z. B. es sey die Sache für 1000 verkauft, mit den gemachten zu ersetzenden Verwendungen, die zu 200 taxirt sind, sey sie jetzt nur 800 werth. In diesem Falle muß der Verkäufer entweder die gemachten Verwendungen erstatten, oder gegen eine Abfindung von 600 das Eigenthum an der Sache der Masse übertragen. Ob er wegen der fehlenden 400 noch Ersatz begehren könne, indem er sich in den Concurs einläßt, ist davon abhängig, ob die Verschlechterung in dem Verschulden des Käufers, oder in einem Zufalle ihren Grund hat.

So verschieden nach dem früher (§. 2 - 4) Angegebenen die Ansichten der Juristen sind über das Wesen des vorbehaltenen Eigenthums, so stimmen sie doch rücksichtlich der Wirkungen im Ganzen überein. Das Recht der Gläubigergemeinschaft, die Vindication des Verkäufers abzuwenden, um dadurch den Ueberschuß des Werthes der Sache für die Concursmasse zu gewinnen, wird von den meisten Juristen zugegeben [92]).

§. 19.

Fortsetzung.

Diese Ansicht, auf welche der richtige Tact die Praxis leiten mußte, ist der Theorie zu Liebe ganz neuerdings

---

91) *de Amato* p. 1. resol. 3. n. 44. *Vinc. de Franchis* decis. 506. n. 8. Hagemann's prakt. Erört. B. 7. N. 22.

92) *Hert* l. c. sect. 1. §. 10. *Schneider* l. c. §. 48. *Fetzer* l. c. §. 27. Glück Comm. Th. 16. S. 233. Hagemann prakt. Erörterungen Th. 7. N. 22. bezieht sich auf die beständige Praxis des Celliſchen Ob. App. Gerichts. Struben rechtl. Bedenken Th. 2. N. 397. der Spangenbergschen Ausgabe. Schweppe röm. Privatrecht §. 368. III. 4te Ausg.

Digitized by Google

wieder bestritten worden. Müller [93]) behauptet nämlich, der Verkäufer könne die Sache aus dem Concurse vindiciren, ohne daß es der Gläubigergemeinschaft gestattet sey, durch Bezahlung des Preises dessen Vindication abzuwenden. Aus einem Versehen ist als Auctorität für diese Behauptung Schweppe's System des Concurses der Gläubiger §. 44. 45. citirt und Diesem ein Unachtsamkeitsfehler nachgeschrieben worden. Schweppe führt nämlich in §. 44. unter der Rubrik "Vindicanten zum Zweck des Behaltens der Sache" neben dem Commodatar, Depositar ꝛc. auch den vorigen Inhaber auf, welcher sich das Eigenthum reservirte. In §. 46. sagt aber nun Schweppe, im Widerspruch mit dem eben Angegebenen, unter der Rubrik "Vindicanten zum Zweck der Befriedigung aus einer Sache" und mit Beziehung auf sein Röm. Privatrecht §. 368. III. 4te Ausg. ganz ausdrücklich, es müsse die Sache, woran sich der Verkäufer das Eigenthum vorbehalten, im Concurse verkauft werden, und der Ueberschuß zur Masse kommen. Als Grund für seine Behauptung führt Müller an, mit dem Augenblicke der Insolvenz trete der Rückfall des Eigenthums ein, indem sich alle Rechte des Käufers an dem Verkaufsobject auflöseten; so wenig also der Käufer das Recht hätte, durch Nachzahlung des Kaufpreises die Sache von dem Verkäufer in Anspruch zu nehmen, eben so wenig sey dieses den Concursgläubigern gestattet. Den sehr treffenden Einwand, daß der Vorbehalt des Eigenthums nur die Sicherheit des Verkäufers bezwecke, fertigt Müller mit der Bemerkung ab, daß er zu viel beweisen würde, indem man daraus folgern könnte, daß der Verkäufer angehalten werden könne zu warten, bis er vom Curator der Masse, oder den Gläubigern befriedigt werde. Der

93) a. a. O. §. 10.

Digitized by Google

Behauptung Müller's, Glück ziehe diese Folgerung, muß geradezu widersprochen werden. Glück a. a. O. S. 233. sagt bloß, es stehe den Gläubigern, oder dem Curator frei, durch Bezahlung des Kaufgeldes die Zurückgabe der verkauften Sache zu vermeiden, wenn vielleicht aus dem öffentlichen Verkauf der Güter durch gelöseten höhern Werth derselben für die Concursmasse ein Gewinn zu machen seyn sollte. Es ist wohl leicht einzusehen, daß in diesen Worten nicht der Satz ausgesprochen wird, der Verkäufer könne aus der Masse nicht eher seinen Kaufpreis verlangen, als bis die Sache von den Gläubigern weiter verkauft sey. Die Meinung Glück's wird durch das Citat *Gmelin* l. c. §. 26. (eigentlich gehört der §. 27. hierher) außer Zweifel gesetzt. Es muß daher, nach der Natur des ganzen Verhältnisses, der vindicirende Verkäufer von der Gläubigergemeinschaft, welche die Sache behalten will, wegen seines Interesses sogleich befriedigt werden; d. h. so wie die Gläubigergemeinschaft sich bereit erklärt, die Sache behalten zu wollen. Eine sich von selbst verstehende Ausnahme tritt nur in dem Falle ein, wo zur Zeit der Anstellung der Vindication die Frist noch nicht abgelaufen ist, für welche dem Käufer Credit verwilligt war. Der Curator der Masse braucht in diesem Falle nur Sicherheit zu leisten, daß am Verfalltage der Verkäufer befriedigt werde.

Nach dem Angegebenen möchte sich nun auch die Richtigkeit einer Behauptung bei Hagemann [94]), wenigstens in der gegebenen Allgemeinheit, sehr bezweifeln lassen. "Ist die Sache", sagt er, "annoch in der Concursmasse vorhanden, so braucht der Verkäufer sich gar nicht in den Concurs einzulassen und es steht ihm ein Separationsrecht ex jure dominii zu, vermöge dessen er mit der

94) prakt. Erört. B. 7. N. 22.

Digitized by Google

Eigenthumsklage die Zurückgabe derselben fordern kann. Ist aber die Sache im Concurse verkauft — wozu die Gläubiger allerdings, jedoch auf ihre Kosten, befugt sind, weil sie durch befriedigende Zahlung des Kaufgeldes den Rückfall des Eigenthums abwenden können — so ist der Verkäufer, nach der beständigen Praxis des O. A. Gerichts und vermöge des ihm zuständigen Separationsrechtes berechtigt, die Bildung einer besondern Masse des corporis bonorum aus dem Erlöse der Kaufgelder zu fordern und daraus seine Befriedigung an Capital, Zinsen und Kosten vor allen andern Gläubigern des Gemeinschuldners zu begehren." — — "Die zur Befriedigung des Verkäufers dienende Separatmasse wird übrigens nicht bloß aus dem Erlöse des Kaufpreises der im Concurs verkauften Sache, worauf das domin. reservatum haftet, sondern auch aus den, während des Concurses davon aufgekommenen Zinsen, oder sonstigen Nutzungen der Sache an Pacht- oder Miethgeldern, als fructibus domini (soll wohl heißen dominii) gebildet; wohingegen aber auch der Verkäufer verbunden ist, die während des Concurses davon abgetragenen, oder rückständig gebliebenen onera publica realia, oder sonstigen Administrationskosten des Grundstücks sich anrechnen zu lassen."

Ist die Sache im Concurse verkauft, während doch dem Curator das Daseyn des vorbehaltenen Eigenthums bekannt war, so ist die Gläubigergemeinschaft durch ihre Schuld außer Stande, dem mit der Vindication auftretenden Verkäufer die Sache zurückzugeben, sie muß ihm daher, wie jeder fictus possessor, das volle Interesse ersetzen, ohne Rücksicht darauf, wie viel durch den Verkauf der Sache aufgekommen ist [95]). Von der Bil-

95) l. 27. §. 3. l. 36. pr. l. 63. de rei vind. (6. 1.)

Digitized by Google

dung einer Separatmasse aus dem gelöseten Kaufpreis kann daher gar nicht die Rede seyn. Wenn hingegen der Curator der Masse von dem vorbehaltenen Eigenthume unverschuldeter Weise nichts wußte, — welches in dem §. 18. unter 1) angeführten Falle leicht geschehen kann, wo der Verkäufer bloß seinen persönlichen Anspruch anmeldet, — so haftet die Masse bloß für die Herausgabe des gelöseten Kaufpreises [96]) und da dieser dem Vindicanten sogleich, nachdem er nur sein vorbehaltenes Eigenthum erwiesen hat, auszuzahlen ist, so kommt auch hier die Bildung einer Separatmasse wieder nicht vor. Derselbe Erfolg tritt ein, wenn der Verkäufer erst nachdem die Sache verkauft ist, überhaupt sich meldet und mit der Vindication hervortritt. Das Präclusiv-Decret entzieht diese Befugniß nur dann, wenn die Ladung ausdrücklich auch an die Vindicanten unter Androhung dieses Rechtsnachtheiles gerichtet war [97]).

Die Concursmasse, wenn sie den Vindicanten abfinden will, behält die unter Vorbehalt des Eigenthums dem Cridar verkaufte Sache demnach immer auf eigne Gefahr und daher braucht der Verkäufer weder die Administrationskosten, noch die während des Concurses fällig werdenden Reallasten zu tragen, denn in dem Augenblicke der Befriedigung des Verkäufers wird die Masse Eigenthümerin. Wann aber der Verkäufer seine Befriedigung verlangen könne, ist schon oben angegeben. Wenn der curator nun vorher, ehe die Masse das Eigenthum erworben hat, die Sache veräußert, so wird er auf seinen Käufer kein Eigenthum übertragen können, und daher kann der erste Verkäufer sein vorbehaltenes Eigenthum auch gegen den jetzigen Besitzer geltend machen.

96) l. 17. pr. de rei vind. (6. 1.) l. 23. de reb. cred. (12. 1.) *Voet* lib. 6. tit. 1. §. 10. 11.

97) Schweppe Concurs §. 116.

Digitized by Google

Was in der oben angeführten Abhandlung von Hagemann von der Bildung einer Separatmasse, der Erstattung der Administrationskosten u. s. w. so allgemein als eine Wirkung des reservatum dominium im Concurse hingestellt ist, ist nur richtig in dem §. 18. unter 1) und 3) angeführten Fällen, wo der Verkäufer mit der venditi actio auftritt. Der Verkäufer ist in diesen Fällen, da er einen persönlichen Anspruch im Concurse geltend macht, als Concursgläubiger anzusehen; jedoch bewirkt sein vorbehaltenes Eigenthum, daß er jedenfalls aus der damit behafteten Sache befriedigt werden muß. Will nun die Masse die Sache selbst durch Befriedigung des Eigenthümers nicht erkaufen, so liegt es in der Natur des ganzen Verhältnisses, daß die Sache einstweilen, bis zu ihrer Veräußerung, verwaltet werden muß. Die Kosten der Administration, die während des Concurses fällig werdenden Reallasten, so wie die Kosten der Veräußerung, sind von dem Erlös der Sache abzusetzen, weil die Absonderung dieses einzelnen Theiles der Concursmasse allein zum Vortheil des Verkäufers geschieht. Daß der nach der Befriedigung des Verkäufers bleibende Ueberschuß der Masse zu Gute komme, versteht sich eben so sehr von selbst, als daß der Verkäufer, wenn er aus dem Erlös der Sache nicht vollständig befriedigt wird, an die Concursmasse wegen des Restes seine Ansprüche behält.

§. 20.

Ueber die Rechtsmittel des Käufers gegen Dritte.

Da der Käufer als bloßer Detentor anzusehen ist (§. 15.), so können ihm die possessorischen Interdicte nicht zustehen. Gegen Gewaltthätigkeiten Dritter könnte er sich daher nur der von dem Verkäufer, als dem juristischen Besitzer, ihm zu cedirenden possessorischen Interdicte

Digitized by Google

bedienen. Der Käufer bedarf indeß derselben gar nicht, weil die Praxis auch dem Detentor das remedium spolii zu geben pflegt [98]), durch welches jener eben so sicher gestellt wird, als durch die possessorischen Interdicte des Verkäufers.

Was die petitorischen Klagen anbelangt, so ist so viel klar, daß dem Käufer, da er wegen des Vorbehalts nicht Eigenthümer wird, auch die Eigenthumsklage nicht zustehen kann. Die abweichenden Meinungen Anderer sind schon oben erwähnt worden (§. 16 a. E.). Die *Publiciana actio* wird man aber dem Käufer nicht verweigern können. Das gemeine Recht [99]) giebt dieselbe nämlich jedem Käufer, ohne Rücksicht darauf, ob der Preis gezahlt ist, oder nicht. Es bestehet aber zwischen den beiden Fällen, daß die Sache ohne Credit übergeben und daß creditirt, aber das Eigenthum vorbehalten war, eine unverkennbare Aehnlichkeit darin, daß in beiden der Käufer kein Eigenthum, ja nicht einmal den juristischen Besitz hat. Daher kann die für jenen Fall gegebene Bestimmung auch auf diesen angewendet werden. Da der Käufer nur Detentor ist, so versteht es sich von selbst, daß er, wenn eine in rem, oder in rem scripta actio gegen ihn angestellt wird, den Kläger durch die *exceptio laudationis auctoris* an den Verkäufer verweisen kann.

§. 21.

Ueber den Erwerb des Schatzes, welcher auf der unter Vorbehalt des Eigenthums verkauften Sache gefunden ist.

Hert [100]) erwähnt der Frage, ob der Käufer oder der Verkäufer den Schatz erwerbe, welcher auf der unter Vorbehalt des Eigenthums verkauften Sache gefunden ist, und

98) Thibaut System §. 317.

99) l. 8. de Publ. in rem act. (6. 2.).

110) l. c. §. 13.

Digitized by Google

entscheidet dieselbe zu Gunsten des Käufers, wegen l. 67. de rei vind. (6. 1.), weil diese Stelle keinen Unterschied mache, ob der Preis creditirt sey, oder nicht [101]). Da Hert nach der Tradition dem Käufer das ordentliche Eigenthum giebt, so konnte seine Entscheidung gar nicht anders ausfallen. Da aber diese Ansicht falsch ist (§. 15. a. E.), so fragt es sich, ob jene Behauptung aus andern Gründen sich rechtfertigen lasse. So viel ist zunächst gewiß, daß die angeführte Stelle den Fall ausdrücklich nicht entscheidet. Sie enthält nur die sich ganz von selbst verstehende Bestimmung, daß die gefundene Sache, wenn sie unter den Begriff des Schatzes [102]) nicht passe, dem Eigenthümer zurückgegeben werden müsse. Es kommt aber bei dem Kaufe überhaupt schon die Frage vor, wer von dem, ehe der Käufer Eigenthümer geworden ist, auf der verkauften Sache gefundenen Schatz den Theil erhalte, welcher dem Eigenthümer, als solchem, zufällt. Da nach Abschluß des Kaufes jeder Vortheil, den die verkaufte Sache gewährt, dem Käufer zu Gute kommen soll [103]), so scheint die Ansicht derjenigen den Vorzug zu verdienen, welche die dem Eigenthümer gebührende Hälfte dem Käufer zuspricht [104]). Der Verkäufer erwirbt freilich, so lange als er noch Eigenthümer ist, die dem Finder nicht gebührende Hälfte, allein er ist aus dem Verkaufe verbunden, dem Käufer diesen Vortheil zukommen zu lassen. Eben so erwirbt der Verkäufer die nach Abschluß des Verkaufs und vor der Tradition eingeernteten Früchte, weil

101) A tutore pupilli domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxit; is pecuniam invenit. Quaeritur, ad quem pertineat? Respondi, si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata: nihilominus ejus eam esse, cujus fuerat.

102) l. 31. de adq. rer. dom. (41. 1.)

103) l. 1. C. de peric. et comm. (4. 48.)

104) Glück Comm. Th. 17. S. 190. ff.

Digitized by Google

er noch Eigenthümer der Sache ist; allein es ist nicht zu bezweifeln, daß er dieselben dem Käufer herausgeben muß [105]). In beiden unten angeführten Stellen ist bloß von der Perfection des Contracts die Rede, welche von der Tradition unabhängig ist. Wenn hier von dem Rechte des Käufers, die Herausgabe der von dem Verkäufer nach Abschluß des Vertrags gezogenen Früchte zu verlangen, ein Schluß gemacht wird auf den Schatz, so soll damit keineswegs behauptet werden, daß der Schatz wenigstens doch eine außerordentliche Frucht sey. Die ganze Aehnlichkeit mit den Früchten besteht nur darin, daß der Schatz wie diese ein Vortheil der Sache ist. Daß nämlich zu den Vortheilen der verkauften Sache nicht etwa bloß die Früchte und die Alluvion gehören [106]), sondern jeder Gewinn, welcher durch die Sache gemacht wird, beweiset l. 4. §. 1. D. de usur. (22. 1.), wonach auch das von einer Sclavin geborene Kind, welches die Römer doch nicht zu den Früchten rechnen [107]), so wie der von einem verkauften Sclaven nach dem Abschlusse des Vertrags für den Verkäufer gemachte Erwerb, zu den Vortheilen einer verkauften Sache gerechnet werden. Da der Käufer hiernach alle Vortheile, welche durch die gekaufte Sache gemacht werden, in Anspruch nehmen kann, so muß dieses auch der Fall seyn, wenn der Vertrag unter Vorbehalt des Eigenthums abgeschlossen wurde, zumal da der Käufer auch hier die Gefahr der Sache tragen muß.

---

105) l. 13. C. de act. emt. et vend. (4. 49.) "Fructus post perfectum jure contractum, emtoris spectare personam convenit." l. 16. eod. *Lauterbach* coll. theor. pract. lib. 19. tit. 1. §. 21.

106) l. 7. D. de peric. et comm. (18. 6.)

107) §. 37. Inst. de rer. div. (2. 1.) l. 68. pr. D. de usufr. (7. 1.)

Digitized by Google

§. 22.

Ueber die Verbindung des Vorbehalts einer Hypothek mit dem Vorbehalt des Eigenthums an derselben Sache.

Es finden sich bei den Rechtslehrern verschiedene Meinungen darüber, welche Wirkung es habe, wenn sich der Verkäufer an der Sache, deren Eigenthum er sich vorbehalten, zugleich noch eine Hypothek ausbedinge. Die Einen behaupten, da man an der eigenen Sache keine Hypothek haben könne, so sey das pact. res. dom. ungültig [108]). Andere dagegen, und zwar aus demselben Grunde, sind der Meinung, das pact. hypothecae sey ungültig [109]). Der letztern Meinung muß man deshalb den Vorzug geben, weil der Verkäufer, indem er beide Verträge, das pact. res. dom. und hypothecae, welche neben einander nicht bestehen können, dem Kaufe hinzufügt, seine Absicht klar genug ausspricht, eine möglichst große Sicherheit zu haben und daher ist es dieser Absicht gemäß, den Nebenvertrag bestehen zu lassen, durch welchen dieselbe am vollständigsten erreicht wird.

Wenn einige Juristen unter dem pact. res. dom. auch die Verabredung begreifen, daß der Käufer das auf ihn übergegangene Eigenthum auf den Verkäufer wieder zurück übertragen solle, so kann sich allerdings in diesem Falle zur Sicherung wegen des aus einem solchen Vertrage nur hervorgehenden persönlichen Rechtes der Ver-

---

108) *Fetzer* l. c. §. 24. Derselben Meinung ist auch *Ant. de Luca* in den Observationen zu *de Franchis* decis. 506. weil eine Hypothek zu dem Kaufe besser passe, als das vorbehaltene Eigenthum. Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Th. 2. §. 148. der 2ten Ausgabe.

109) *de Franchis* dec. 506. n. 12. seq. *Cyriac. Niger* controv. 425. n. 40.

Digitized by Google

käufer eine Hypothek ausbedingen [110]). Daß aber eine solche Verabredung ein pact. res. dom. nicht seyn könne, ist oben gezeigt worden.

§. 23.

Von der Concurrenz der Contractsklage mit der Vindication.

Bei den ältern Juristen findet sich die Behauptung, daß der Verkäufer durch Einklagung des Preises die Vindication verliere. Gobius [111]) führt den seltsamen Grund an, durch Einklagung des Preises werde das vorbehaltene Eigenthum in eine Hypothek verwandelt. Cyriacus Niger [112]) findet den Grund jener Behauptung darin, daß der Verkäufer durch Anstellung der actio venditi erkläre, er wolle den Kauf gelten lassen, weshalb er auf dessen Auflösung, welche durch die Vindication herbeigeführt werden würde, verzichte. Allein es liegt in der Natur concurrirender Klagen, die eine widersprechende Wirkung haben, und auf verschiedenen Fundamenten beruhen, daß die eine nur dann verloren ist wenn der Kläger mit der andern gesiegt hat. So wie also der Kläger dieselbe Klage, die er einmal hat fallen lassen, nachher von Neuem wieder anstellen kann [113]), eben so kann er auch statt derselben die concurrirende wählen [114]). Es muß daher dem Verkäufer, welcher den Preis einklagt, gestattet seyn, die venditi actio fallen zu lassen und als Vindicant aufzutreten, wenn vor Bezahlung desselben der

110) Müller a. a. O. S. 263. 264.

111) consultat. 140. n. 43.

112) controv. forens. 425. n. 1.

113) Eine Ausnahme macht die inofficiosi testamenti querela.

114) Eine Ausnahme gilt bei der lex commissoria l. 7. de lege comm. (18. 3.) Andere Ideen bei Thibaut civil. Abhandl. N. 9.

Digitized by Google

Käufer in Concurs kommt. Selbst wenn der Verkäufer mit der venditi actio, ohne seines Eigenthums zu erwähnen, in den Concurs sich eingelassen hat, kann ihm das Recht der Vindication der Sache nicht abgesprochen werden; wiewohl ihm in diesem Falle, unter Umständen, ein, freilich als Regel nicht zu vermuthender Verzicht auf sein Eigenthumsrecht im Wege stehen kann.

§. 24.

Ein Minderjähriger kann eine unter Vorbehalt des Eigenthums gekaufte Sache nur unter den sonst üblichen Solennitäten veräußern.

Altogradus [115]) erörtert die Frage, ob ein Minderjähriger ein unter Vorbehalt des Eigenthums gekauftes Grundstück, ehe er den Preis bezahlt, ohne die sonst gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten gültig veräußern könne. Mit Beziehung auf die Meinung einiger Juristen [116]), wonach die Veräußerungsverbote des Röm. Rechts sich nur auf solche Sachen beziehen sollten, welche dem Minderjährigen eigenthümlich gehörten und wonach der minor eine Sache solle veräußern können, in deren Besitz der Gegner sey — könne man allenfalls, sagt Altogradus, den minor für befugt halten, ohne vorgängiges Decret die Sache zu veräußern. Nichts desto weniger entscheidet er sich für die entgegengesetzte Ansicht, weil der Minderjährige an der unter Vorbehalt des Eigenthums gekauften Sache irgend ein dingliches Recht (quoddam jus reale) habe, weil ungeachtet des Vorbehalts des Eigenthums der Kauf perfect sey, und endlich

115) controv. forens. tom. 1. contr. 9.

116) *Nattae* consil. 145. n. 20. *Joh. Ludovici* decis. caus. Perusinar. et rotae Lucens. tom. 1. dec. 35. n. 8.

Digitized by Google

wegen einiger Stellen des Röm. Rechts [117]), da der minor als bonae fidei possessor anzusehen sey, indem er titulo emtionis besitze und die Absicht habe, den Preis zu zahlen.

Die ersten beiden Gründe bedürfen keiner Widerlegung; eben so wenig paßt das aus den angeführten Stellen hergenommene Argument. Wenn nämlich nach der unten abgedruckten Stelle nur unter den gesetzlichen Förmlichkeiten ein von einem Minderjährigen gekauftes fremdes Grundstück, welches derselbe aber in gutem Glauben besitzt, veräußert werden kann, so hat diese Bestimmung ihren guten Grund offenbar darin, weil der minor das durch die Tradition noch nicht erlangte Eigenthum durch Usucapion noch immer erwerben kann. Dieser Grund fällt aber weg bei einer Sache, die unter Vorbehalt des Eigenthums übergeben wurde, weil der Erwerber derselben der bona fides durchaus entbehrt, da er weiß, daß kein Eigenthum auf ihn übertragen ist, weshalb denn auch die Usucapion nicht Statt hat. Die von Altogradus vertheidigte Ansicht läßt sich aber durch andere Gründe unterstützen. Der nämlich, welcher unter Vorbehalt des Eigenthums eine Sache kauft, kann, durch Bezahlung des Preises in jedem Augenblick, wenn er dieselbe vom Eigenthümer erhielt, Eigenthum erwerben, oder kommt doch, wenn er mit dem Nichteigenthümer contrahirte, in die Lage, usucapiren zu können. Der Zweck der Verordnung Constantin's [118]), welche in der Regel jede Veräußerung der Sachen eines Minderjährigen verbietet, wenn nicht der competente Richter

117) l. 3. §. 5. l. 5. §. 2. D. de rebus eor. q. sub tut. (27. 9.) "Si pupillus alienum fundum bona fide emtum possideat, dicendum puto, nec hunc alienare tutores posse; ea enim, qua quasi pupillaris vero distractus est, venditio valet."

118) l. 22. C. de administ. tutor. vel curat. (5. 37.)

Digitized by Google

nach vorgängiger Untersuchung jene gestattet, ist offenbar der: den minor, so viel immer möglich, vor Beeinträchtigungen sicher zu stellen ("ut fraudi locus non sit"). Da nun aber, wollte man die formlose Veräußerung einer unter Vorbehalt des Eigenthums gekauften Sache dem Minderjährigen erlauben, eine Vervortheilung desselben nur zu leicht wäre, so gebietet der Geist jener Bestimmung, das allgemeine Veräußerungsverbot auch auf diesen Fall auszudehnen.

(Den Beschluß, über die Abweichungen des deutschen Rechtes, im nächsten Hefte.)

Digitized by Google

V.

Miszellen.

Von Blume.

1. Ueber die religiöse Erziehung unehelicher Kinder.

Zur Erläuterung des Preussischen Allgemeinen Landrechts, Th. II. Tit. 2. §. 642. 643.

Da uneheliche Kinder keinen Vater im juristischen Sinne haben, so kan die Erziehung derselben überhaupt, und ihre religiöse Erziehung insbesondere, auch nur ihrer Mutter überlassen werden. Und da man in der Regel erwarten muß, daß die Mutter ihr Kind in ihrer eigenen Religion erziehen werde, so darf man jene Regel des gemeinen Rechtes der Kürze halber so ausdrücken: "uneheliche Kinder folgen, bis sie erwachsen sind, der Religion ihrer Mutter." Mit diesen Worten ist denn auch das gemeine Recht öfter durch Landesgeseze wiederholt worden; so namentlich im Königreich Sachsen [1]), in Waldek [2]) und Preussen [3]). Das freie mütterliche Erziehungs-

1) Mandat vom J. 1827. §. 52.
2) Verordnung vom 28. März 1827.
3) Pr. Ld. R. II, 2. §. 642: "Uneheliche Kinder werden bis zum geendigten 14ten Jahre in dem Glaubensbekentnisse der Mutter erzogen."

Digitized by Google

recht bei unehelichen Kindern ist hier also nur in seiner wichtigsten Beziehung förmlich bestätiget worden.

Indessen hat das Preussische Landrecht noch eine Einschränkung hinzugefügt, um das Interesse der christlichen Kirche wahrzunehmen: ist der uneheliche Vater ein Christ, so soll das Kind, ohne Rükſicht auf die Religion der Mutter, jedenfals christlich erzogen werden [4]). Auf diese Einschränkung ist der alte Grundsaz: exceptio firmat regulam, gewiß mit voller Sicherheit anzuwenden: wird das Recht der Mutter für den Fall, daß es dem Interesse der christlichen Kirche zuwider wäre, aufgehoben, so darf es unstreitig frei geübt werden, so lange es die Ausbreitung unserer Kirche befördert.

Im Anfang des vorigen Jahres trat nun zu H. der Fall ein, daß ein uneheliches Kind zweier jüdischer Eltern nach dem Willen der Mutter christlich getauft werden solte. Der Vater des Kindes hatte nichts dawider, und auch der Prediger trug bei der Sache kein Bedenken; allein die geistlichen Verwaltungsbehörden waren der Meinung, daß dies nach dem Buchstaben des Preussischen Landrechts nicht gestattet werden könne. Es ist uns unbekant, ob diese Inhibizion höheren Ortes zur Sprache gebracht und zurük genommen worden ist; wäre es nicht geschehen, so würden wir uns im Interesse der Wissenschaft und des Christenthums gedrungen fühlen, gegen eine so mechanische Interpretazion des Preussischen Landrechts, bei der jeder wissenschaftliche Geist ertödtet würde, zu protestiren.

---

4) Pr. Ld. R. II, 2. §. 643: "Doch muß, wenn der Vater ein Christ, die Mutter aber irgend einer andern Religionspartei zugethan ist, ein solches uneheliches Kind bis nach zurükgelegtem 14ten Jahre in der christlichen Religion erzogen werden."

Digitized by Google

2. Inedita.

a. Zum justinianischen Codex.

In den treflichen Arbeiten von Witte [1]) und Biener [2]) über den justinianischen Codex ist bereits der ungedrukten, theils ächten theils verdächtigen Constitutionen gedacht worden, die unseren bisherigen Ausgaben noch fehlen. Die wichtigsten darunter sind unstreitig die Veroneser Bruchstücke griechischer Verordnungen, deren Mitteilung der Schrader'schen Ausgabe des Corpus Juris vorbehalten bleibt. Hier möge die räthselhafte Verordnung Justinian's ihren Plaz finden, welche ich am Rande der Pistojeser Handschrift bei dem Titel Mandati (IV, 35.) gefunden habe [3]).

Handschriftlicher Text.	Auflösung.
Imp̄. Iust̄. ā honorato. Iudicē causidicū et ꝓcuratorē oms q. incesti mam̄i nati fuerint. fieri ꝓhibem'. & oim̄ nullā ꝓfessionē recipe. nisi tantū & taxeotalē & curialem si necessitas accedit! si ů ꝓhibitū honorē ab aliq̄ susceꝑat	Imperator Iustinianus Augustus Honorato. Iudicem, causidicum et procuratorem omnes, qui ex incesto matrimonio nati fuerint, fieri prohibemus: et omnino nullam professionem recipere, nisi tantum taxeotalem et curialem, si necessitas accedit. Si uero prohibitum honorem ab aliquo susce-

1) Die leges restitutae des justinianischen Codex. Breslau 1830. 8.

2) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. VII. S. 115-206. 243-369.

3) vgl. Biener a. a. O. S. 196.

Digitized by Google

sacrilegii penę cdēpnabunt. Si qs ex pdictis aliquē in ius uocauerit patrocinii causa primū qd omino suis careat actionib; siue iustis (corrig. iustā) intencionē habeat siue n. Ita qq ut principali rescripto resuscitare n placc. deinde quicquid dāpni aduersario acciderit, sacrāmto resarciatur.

perint, sacrilegii poena condempnabuntur. §. 1. Si quis ex praedictis aliquem in ius uocauerit patrocinii causa, primum quidem omnino suis careat actionibus, siue iustam intentionem habeat, siue non, ita quoque, ut principali rescripto resuscitare non placeat: deinde quicquid dampni aduersario acciderit, sacramento resarciatur.

Gelegentlich kan auch noch bemerkt werden, daß die sonst schon gefundene Constitution im Titel de Nuptiis (V, 4.) [4]) nach der Handschrift von Monte Casino sehr fehlerhafter Weise so lautet:

Imp. Val. ā. Probo. Ubi enim (st. iuris) auctoritas desit, ubi (st. ibi) nullum numerum (st. matrimonium) uideri contractum, saepe rescriptum est.

Die Aussichten, eine ungedrukte Constitution in Hn. Dr. Böhmer's Samlung kaiserlicher Urkunden zu erhalten [5]), werden nicht in Erfüllung gehen: es war nur ein Stük der const. 14. de Sacros. Ecclesiis, aber mit der Ueberschrift der const. 13. eod.

b. Quellen über die Verfassung Rom's im neunten und zehnten Jahrhunderte.

Die folgenden beiden Bruchstücke sind in den Jahren 1822 oder 1823 von Pertz in der Vatikana gefunden

4) vgl. Biener a. a. O. S. 198. 199.
5) S. dessen Regesta, 1831. 4. S. 132.

Digitized by Google

worden: sie stammen aus verschiedenen Handschriften, obwohl sie sich auf nahe verwandte Gegenstände beziehen.

I.

Das erste Bruchstük findet sich in zwei Handschriften, als Anhang zur Langobardischen Geschichte des Paulus Diaconus; die ältere Handschrift, Codex Vaticanus 4917, ist aus dem eilften, die jüngere, Cod. Vatic. 1983, aus dem funfzehnten Jahrhunderte [6]). Ob die ältere Handschrift verstümmelt oder unvollendet sey, ist schwer zu entscheiden: sie enthält zwar noch ein leeres, bereits durch Linien für den Schreiber vorgerichtetes Blatt, allein es scheint auch aus der lezten Quaternien noch etwas herausgerissen zu sein. Die jüngere Handschrift ist wahrscheinlich nur eine Abschrift der älteren, denn sie bricht bei demselben Worte ab, aber mit der Randbemerkung: Explicit. Möglich wäre es aber auch, daß beide Handschriften auf eine gemeinsame ältere Quelle zurükzuführen wären, nämlich auf den Codex Vaticanus 1984, der wenigstens in Ansehung des Paulus Diaconus als Quelle des Codex 4917 anzusehen ist, und dem eine genauere Durchsicht eigentlich noch vorbehalten bleibt [7]). Unter diesen Umständen habe ich die eigenthümlichen Lesarten der jüngeren Handschrift zwar ohne Noth nicht in den Text aufgenommen; wo sie aber innere Gründe für sich hatten, habe ich eben so wenig gewagt, sie schlechthin als wilkürliche Verbesserungen des Abschreibers zu verwerfen.

Qualiter patricius sit faciendus. [8])

Patricii ergo dignitas taliter disponenda est, quate-

6) Pertz italienische Reise S. 119-121.

7) Pertz a. a. O. S. 120.

8) Quemadmodum per Imperatorem patritius constitui consueuerit, und am Rande: patritius faciendus 1983.

Digitized by Google

nus [9]) illa dignitas non uili persone, nec alicui concedatur ignoto. Sit enim ualde notus imperatori, sit fidelis et prudens, non elatus. Protospatharius [10]) ueniens ante imperatorem osculetur suum humerum, et dicat: maxime imperatorum [11]), adest quem uocasti. Tunc stet ad sinistram imperatoris illius yparchus, quem nos dicimus praefectum, et dicat ei imperator cum protospathario [12]): futurum patritium adducito. Dum autem uenerit patritius, in primis osculetur pedes imperatoris, deinde genu, ad extremum osculetur ipsum. Tunc osculetur omnes Romanos circumstantes, et dicant omnes: bene ueniatis. (Tunc dicat imperator:) [13]) Nobis nimis laboriosum esse uidetur, concessum nobis a deo ministerium me solum procurare. Quocirca te nobis adiutorem facimus, et hunc honorem concedimus, ut ecclesiis dei et pauperibus legem facias, et ut [14]) inde apud altissimum iudicem rationem reddas. Tunc induat eum imperator mantum [15]), et ponat ei in dextro [16]) indice anulum [17]), et det ei bambacinum propria manu scriptum, ubi taliter contineatur inscriptum [18]): Esto patricius [19])

9) quatinus 4917.

10) prothospatarius 1983.

11) imperatoris 1983.

12) prothospatario 1983.

13) Diese drei Worte fehlen in beiden Handschriften, sind aber zur Deutlichkeit des Ganzen unentbehrlich.

14) ut fehlt 1983.

15) induat ei mantum 4917. Allein in dem Abschnitt über den iudex steht in beiden Handschriften: induat eum imp. mantum.

16) dextra 4917. dextre 1983.

17) annulum 1983.

18) scriptum 1983.

19) patritius 1983.

Digitized by Google

misericors et iustus. Tunc ponat ei in caput aureum circulum, et dimittat eum [20]).

Qualiter iudex constituendus sit. [21]) Quando iudex constitui debet [22]), ueniat ad [23]) imperatorem, et inducat [24]) eum primicerius [25]). Tunc dicat [26]) imperator: Primicerie [27]), uide ut non sit seruus alicuius, neque ita pauper, ut [28]) perdat animam in acquirenda [29]) sibi pecunia. Tunc dicat imperator iudici: Caue ne aliqua occasione Iustiniani sanctissimi antecessoris nostri legem subuertas. Et ille e contra [30]): Perpetuis maledictionibus percutiar, si hoc faciam. [31]) Tunc imperator faciat eum iurare, quod nulla [32]) occasione subuertat legem. Tunc induat eum imperator mantum, et conuertat fibulam ad dextram [33]) partem, et det ei in manum [34]) librum codicum et dicat: Secundum hunc librum iudica Romam et Leonianam, orbemque uniuersum. Et det ei osculum et dimittat eum.

Qualiter Romanus fieri debeat. [35]) Si quis Romanus fieri desiderat, humiliter ad impe-

20) eum fehlt 1983.
21) De iudice per Imperatorem constituendo 1983.
22) constituendus est 1983.
23) autem ad 4917.
24) ducat 4917.
25) primicherius 4917.
26) dicat fehlt 4917.
27) primicherie 4917. 1983.
28) ut in ea 4917.
29) acquirendam 4917.
30) ille contra 1983.
31) fatiam 1983.
32) nunquam 4917.
33) dexteram 4917.
34) manu 1983.
35) De Romano per Imperatorem constituendo 1983.

Digitized by Google

ratorem fideles suos mittat, qui postulent [36]) ut liceat eum legi Romane succedere, Romanumque ciuem adscribi. [37]) Et si hoc libitum Imperatori fuerit, taliter faciendum est. [38]) Sedeat cum optimatibus suis iudicibus atque magistris, et duo ex iudicibus eant inclinatis capitibus ante imperatorem, dicentes: Cesar noster, quid precipit [39]) summum imperium tuum? Imperator e contra: Ut amplificetur numerus Romanorum. Illum, quem uos hodie mihi denuntiastis, romanae [40]) legis iubemus... [41])

Daß dieses Fragment sich auf Rom beziehe, ist augenscheinlich; aber die Zeit, der es angehört, ist nicht mit gleicher Sicherheit zu bestimmen. Nur so viel steht fest, daß es frühestens in die zweite Hälfte des neunten, und spätestens in das Ende des zehnten Jahrhundertes zu sezen sei. Für den ersten Punct entscheidet die Erwähnung der urbs leoniana, d. h. des vatikanischen Bezirks auf dem rechten Tiberufer, der erst von Pabst Leo IV mit Mauern umgeben und zum Stadtgebiet erhoben worden ist. Für den zweiten Punct lassen sich besonders drei Dinge anführen. Einmal das Alter der einen Handschrift, welcher doch jedenfals ein noch älteres Original zum Grunde liegt. Dann zweitens, daß die wilkürlichen Professionen des römischen Rechtes, welche

36) postulens 4917.

37) adscribi 4917.

38) fatiendum 1983.

39) prȩcepit 4917.

40) romane 1983.

41) deficit 1983 am Rande. Vielleicht ist der Schluß zu ergänzen: romanae legi (oder legis dispositioni) iubemus subiacere. So heißt es in Lothar's Verordnung für die Römer vom J. 824: "eidem legi quam profitebantur, dispositione domni pontificis et nostra omnimodis subiacebunt."

Digitized by Google

hier in Verbindung mit dem Erwerb der römischen Civität vorkommen, seit Conrad II entweder ganz verschwunden, oder doch wenigstens so selten geworden sind, daß man gewiß nicht daran gedacht haben wird, noch neue Formulare dafür zu erfinden [42]). Dazu kommt dann noch drittens der Umstand, daß sich in unseren Formularen das byzantinische Hofcerimoniel als Vorbild verräth, ein Vorbild, dessen Einfluß auf neue Einrichtungen gewiß sehr verschwinden mußte, seitdem Rom und Byzanz einander durch kirchliche Streitigkeiten mehr und mehr entfremdet wurden. Die Einführung solcher Formen kan demnach spätestens in die Zeit der Ottonen fallen, denen noch an der Anerkennung des byzantinischen Hofes ernstlich gelegen war, und die selbst durch Familienverbindungen beide Kaiserhäuser einander näher zu bringen suchten.

Dieses dritte Argument weiset nun ganz besonders auf Otto I, der seit 962 eifrig bemühet war, den alten Glanz der Kaiserwürde wiederherzustellen, und der seinen Sohn Otto II im J. 972 mit der griechischen Prinzessin Theophano vermählte. Es war eben jenes Jahr 962, in welchem er auch die Verhältnisse Roms durch ein Edict neu regulirte und dabei großenteils die älteren Privilegien Lothar's I vom J. 824 wörtlich wiederholte. Nur ein Punct wurde dabei ganz mit Stillschweigen übergangen: die freie Wahl des Rechtes, nach dem man leben wolle. Bisher ist dies so erklärt worden, als sei die willkürliche Profession des römischen Rechtes in Rom überhaupt nur einmal, unter Lothar I, gestattet gewesen [43]); jezt dürfen wir annehmen, daß zwar einzele Professionen auch später noch, in Verbindung mit

42) vgl. Savigny's Geschichte des Röm. R. Bd. I. S. 134-137. Pertz Archiv Bd. V. S. 297. 756.

43) v. Savigny a. a. O.

Digitized by Google

dem Erwerb des römischen Bürgerrechts, vorkommen konten, daß aber diese in Otto's Edict nicht erwähnt zu werden brauchten, weil sie in dem gleichzeitigen Formularbuche besonders bedacht waren. Vielleicht ist es auch die Möglichkeit solcher Fälle, welche dazu mitgewirkt hat, daß Lothar's Constitution sogar in das langobardische Landrecht mit aufgenommen wurde.

II.

Von dem zweiten Bruchstük ist zwar nur die zweite Hälfte ungedrukt, aber auch die erste Hälfte ist bisher den Juristen sehr wenig bekant geworden. Es befindet sich nämlich in Mabillon's Sammlung altrömischer Ritualbücher, d. h. im zweiten Bande seines Museum Italicum, unter den Anhängen ein Buch de ecclesia Lateranensi, von einem Canonicus und Diaconus dieser Kirche, Namens Johannes, den Mabillon im Inder Johannes Diaconus Junior zu nennen vorschlägt, um ihn von einem berühmteren Johannes Diaconus und von dem Johannes Diaconus Neapolitanus, welche Beide im neunten Jahrhunderte lebten, zu unterscheiden. Unser Johannes nun hat sein Buch dem Pabst Alexander III zugeeignet, gehört also erst in die Zeit von 1159 - 1181. Allein sein Buch besteht aus Auszügen älterer Notizen; er selber nennt es: scriptum ... compositum de archiuis et antiquis pontificum romanorum gestis. In Mabillon's Ausgabe fehlen drei Kapitel: er giebt nach dem achten sogleich das zwölfte. Ueberdies aber schließt das achte Kapitel mit zwei ganz fremdartigen Stücken: einer Altars-Inschrift vom J. 1297, und einer Notiz über das römische Gerichtswesen, welche zwar viel älter ist, als das Jahr 1297, aber mit der Beschreibung der Laterans-Kirche ganz und gar nicht zusammenhängt, und also auch wohl eben so

Digitized by Google

wenig hieher gehört [44]). Dasselbe Bruchstük hat nun Pertz noch zweimal wiedergefunden: einmal in einem Codex des Cencius, und dann in einer Handschrift von Gottfried von Viterbo's Pantheon, dem Codex Vaticanus 2037 [45]). Ich habe mich begnügt, von lezterem eine Abschrift zu nehmen, weil sich hier zugleich die zweite, noch ungedrukte Hälfte findet; doch bleiben auch dessen Varianten zu der ersten Hälfte äusserst merkwürdig. Der Mabillon'sche Text ist vor Kurzem auch von Bunsen in die ausführliche Beschreibung der Stadt Rom aufgenommen, und mit wichtigen Erläuterungen begleitet worden [46]).

Quot sunt genera iudicum. [47])

Iudicum [48]) alii sunt palatini, quos ordinarios uocamus: alii consulares [49]) distributi per [50]) iudicatus; alii pedanei a consulibus creati, id est nostri iudices [51]). In romano uero imperio et [52]) in romana usque hodie ecclesia [53]) septem iudices sunt [54]) palatini, qui ordinarii uocantur [55]), qui ordinant imperatorem, et cum romanis clericis eligunt papam:

---

44) Mabillon museum italicum Tom. II. pag. 570.

45) Italienische Reise S. 171.

46) Beschreibung der Stadt Rom, von Platner, Bunsen u. s. w. Bd. I. 1829. S. 221-25.

47) Die Ueberschrift fehlt bei Mabillon.

48) Die Handschrift hat beidemal iudicii, statt iudicū.

49) consules, nach der Handschrift.

50) p̄, d. h. prae, nach der Hds.

51) id est n̄ri iudices fehlt bei Mabillon.

52) in rom. uero imp. et fehlt in der Handschrift.

53) in romana uero eccl. usque hodie, Hds.

54) sunt iudices, Hds.

55) nominantur Hds.

Digitized by Google

quorum nomina haec sunt [56]). Primus Primicerius; secundus qui dicitur Secundicerius [57]), qui ab ipsis officiis nomen accipiunt. Hi dextera [58]) laeuaque uallantes imperatorem, quodammodo cum illo uidentur regnare: sine quibus aliquid magni [59]) non potest constituere imperator [60]). Set etiam [61]) in romana ecclesia in omnibus processionibus manuatim ducunt papam, cedentibus episcopis et ceteris magnatibus: et in maioribus festiuitatibus octauam super omnes episcopos legunt lectionem. Tertius est Arcarius [62]), qui praeest tributis. Quartus Saccellarius [63]), qui stipendia erogat militibus, et Romae sabbato infirmorum [64]) dat eleemosynam, et romanis episcopis et clericis et ordinatis uiris [65]) largitur presbyteria [66]), id est a prebendo [67]). Quintus est Protoscriniarius [68]), qui praeest scriniariis [69]), quos nos [70]) tabelliones uocamus. Sextus Primus Defensor, qui praeest defensoribus, quos nos [71]) aduocatos [72]) nominamus. Septimus Adminiculator [73]), intercedens

56) sunt hec, Hdſ.
57) Secundicereus, Hdſ.
58) dextra, Hdſ.
59) magnum, Mabillon.
60) constituere. papa, Hdſ.
61) Sed (ohne etiam), Mabillon.
62) Archadius, Hdſ.
63) cellararius, Hdſ.
64) scrutiniorum, Mabillon.
65) ordinariis, Mabillon. Nach der Hdſ. könte man auch ordinatis iuris leſen.
66) presbiteria, Hdſ.
67) id est a prebendo fehlt bei Mab.
68) protus, Hdſ.
69) scrinariis, Mab. scriniarius, Hdſ.
70) nos fehlt bei Mab.
71) nos fehlt wieder bei Mab.
72) aduocatum Hdſ.
73) Amminiculator, Mab.

Digitized by Google

pro pupillis et uiduis, pro afflictis et captiuis. Hi pro criminalibus [74]) non iudicant [75]), nec in quemquam [76]) mortiferam dictant sententiam: et Romae clerici [77]) sunt, ad nullos umquam [78]) alios ordines promouendi. Alii uero, qui dicuntur Consules, iudicatus regunt, et reos legibus puniunt, et pro qualitate criminum in noxios [79]) dictant sententiam [80]). Ceterum postquam peccatis nostris exigentibus, Romanorum imperium barbarorum patuit gladiis feriendum, Romanas leges penitus ignorantes inliterati [81]) ac barbari iudices legis peritos in legem cogentes iurare, iudices creauere, quorum iudicio lis [82]) uentilata terminaretur. Hi accepta abusiua [83]) potestate, dum stipendia a republica non accipiunt, auaritiae face succensi ius omne confundunt. Comes enim inliteratus [84]) ac barbarus nescit uera a falsis discernere, et ideo fallitur. Qui si mente pertractarent illud propheticum: Iudica iuste proximo tuo, et non accipies in iudicio personam pauperis, nec honores multum potentis, mallent ab omni munere manus excutere, quam peruersa [85]) animi cupiditate [86]) inlecti, dei se facere

74) Pro criminalibus hi, Mab.
75) non dum dicant, Hdſ.
76) quenquam, Hdſ.
77) domini, Hdſ.
78) qui ad nullos, ohne umquam, Hdſ.
79) criminis, Mab.
80) Hier endet das Bruchſtük bei Mabillon.
81) inlicterati, Hdſ.
82) iudiciorum lex, Hdſ.
83) achusuia, Hdſ.
84) inlicteratus, Hdſ.
85) per cetera, Hdſ.
86) cupiditatem, Hdſ.

Digitized by Google

reos esse [87]) iudicio, dicentis: Qua mensura mensi fueritis, remetietur uobis. Set et romanis legibus rei habentur ac notabiles, qui abusiue ad libitum leges inflectentes, non iudicant ex equitate, set propria uoluntate. Hii dati sunt ecclesie in adiutorium, ut qui non reuerentur episcopos [88]) pro ecclesiastica disciplina, saltim per eorum horrorem [89]) et gladios ad pacis, licet inuiti, redeant unitatem.

So dunkel und räthselhaft auch Manches an diesem Bruchstük erscheinen mag, so bleiben uns doch einige feste Haltpuncte, welche für die Erläuterung des Ganzen als Grundlage dienen können. Dies sind besonders folgende:

1. Der Verfasser dieser Notiz hat nicht in Rom gelebt, denn er unterscheidet das römische Reich, die römische Kirche und seine Heimat, in welcher man die Scriniarien Tabellionen, und die Defensoren Advokaten nenne. Dieser Sprachgebrauch führt uns nach Ravenna hin, wo Tabellionen sehr häufig vorkommen [90]), dagegen die Defensoren viel früher verschwunden sind, als anderswo [91]).

2. Die Heimat des Verfassers hat mit Rom wenigstens Eines gemein, nämlich die niederen Richter, pedanei iudices; denn bei diesen bemerkt der Verfasser, nach unserer Handschrift: id est nostri iudices. Ohne Frage sind darunter keine andere Richter gemeint, als die gewöhnlich mit dem Namen datiui bezeichneten, welche namentlich auch im Exarchat vom neunten bis

87) Vielleicht extremo??

88) reuerenter episcopis, Hdf.

89) pro eorum errorem, Hdf.

90) v. Savigny Gesch. des R. R. Bd. I. S. 304. 317. 339. 401.

91) Savigny I. 328. 339.

Digitized by Google

zum zwölften Jahrhunderte als regelmäßige Richter erscheinen [92]).

3. Die Klagen über dem Comes inliteratus ac barbarus, dem die Bestellung der Richter überlassen sei, auch wenn sie nach römischem Recht zu urteilen haben, können allerdings nicht auf Ravenna oder das Exarchat bezogen werden, denn hier gab es keinen Comes und die Anstellung von Richtern ging in der Regel vom Pabste und dessen Beamten aus. Allein es ist auch sehr wohl anzunehmen, daß diese Klagen sich auf das Ausland beziehen; der Verfasser für seine Person gehörte jedenfals zur Partei der Römer und wahrscheinlich auch der Kirche; demnach konte er es also nicht gleichgültig ansehen, wenn es Beiden auswärts unter germanischen Beamten schlechter erging.

Freilich komt auf die Person und die Heimat des Verfassers viel weniger an, als auf die Zeit, in der er lebte. Die Einrichtungen, welche er beschreibt, sezen eine unbestrittene, aber beschränkte Macht des Kaisers in Rom voraus, so wie sie sich durch Otto's I freiwillige Entsagungen gestalten mußte [93]); auch die Pabstwahl ist schon einigermaassen geregelt, aber noch nicht in der durch Hildebrand's Wahlordnung vom J. 1059 bestimmten Weise. Es bleibt uns also nur eine Zeit von etwa hundert Jahren, zwischen 962 und 1059. Da nun ferner in diesem Bruchstücke, eben so wie in dem vorhin gegebenen Fragment, der Primicerius als einer der ersten kaiserlichen Beamten in Rom erscheint, so müssen wir den Ursprung dieser Einrichtungen in dieselbe Zeit sezen,

92) Savigny I, 324-30. 339. 340. 357. 360. II, XXV. XXVI. vgl. unten Note 101.

93) Dist. 63. can. 33: in romana urbe nullum placitum aut ordinationem faciam de illis qui ad te aut Romanos pertinent, sine tuo consilio.

Digitized by Google

welcher das erste Bruchstük angehört, d. h. in das J. 962. Und viel später wird denn auch der Verfasser des zweiten Bruchstüks wohl nicht gelebt haben; denn schwerlich würden wir fast ganz ohne weitere Nachrichten über die von ihm beschriebenen Verhältnisse geblieben seyn, wenn Leztere sich lange auf unveränderte Weise erhalten hätten.

Die Consuln oder iudices consulares, welche zugleich als Criminalrichter und als Ernennungsbehörde für die Unterrichter bezeichnet werden, sind eine äusserst merkwürdige Erscheinung. An bloße Decurionen, denen auch wohl der Name Consul (Rathmann) in Rom beigelegt wurde [94]), ist hier gewiß nicht zu denken; desto mehr ähneln sie dem germanischen Comes, der auch sonst nicht selten Consul genant wird [95]), und dem unser Fragment auch das Recht ausdrüklich zuschreibt, römische Richter zu ernennen. Aber im Kirchenstaat gab es, so viel wir wissen, gar keinen Comes; nur eine Art von Justizbeamten wird von Lothar I und Otto I noch vor den iudices erwähnt: die duces nämlich [96]). In der That nun halte ich diese duces und unsere Consuln für identisch. Denn erstens hätte sonst auch unser Fragment noch der duces als einer besonderen Art von Richtern erwähnen müssen; und zweitens wird bei den Consuln eben so wie bei den duces ausdrüklich eine Teilung der Jurisdiction nach geographischen Districten erwähnt, nur daß diese Districte hier iudicatus, sonst aber ducatus genant werden. Ich glaube daher vermuthen zu dürfen, daß die römischen Duces regelmäßig Militär- und Civilbeamte zugleich waren; ja vielleicht wurde ihnen sogar von Manchem absichtlich der alte Titel Consularis beigelegt [97]), um sich an dem Abglanz alter römischer Herrlichkeit

94) v. Savigny I, 322. 323.
95) Du Cange glossar. med. latin. uerb. Consul.
96) Savigny I, 315.
97) vgl. Savigny I, 225. 245.

Digitized by Google

erfreuen zu können. Diese Identität vorausgesezt, würden sich dann zwei Resultate mit Sicherheit ergeben. Einmal, daß die iudicatus keine städtische Regionen in Rom, weder die kirchlichen, noch die bürgerlichen, sind, wofür Bunsen sie zu halten geneigt ist. Dieser Annahme würde aber ohnehin schon widersprechen, daß der Verfasser dann gewiß eben so gut eine geschlossene Zahl von Consularen genant hätte, als er sieben iudices palatini aufzählt; ferner daß diese städtischen Districte, da jeder Consularis wieder mehrere iudices pedanei zu ernennen hatte, zu einer sehr unbequemen Zersplitterung aller Jurisdiction, besonders aber der Criminaljurisdiction, geführt haben würden; endlich auch, daß die iudices im römischen Gebiete doch eben so wohl einer ernennenden Behörde bedurften, wie in der Stadt. Zweitens würde sich aber auch das noch ergeben, daß die Jurisdiction der duces keineswegs blos auf Militärpersonen beschränkt war, wie Savigny früher vermuthet hat [98]), sondern daß sie wenigstens die gesamte Criminaljurisdiction umfaßte.

Es bleiben nun noch die sieben palatinischen Richter zu erläutern übrig. Ihre Namen sind zum Teil solche, die auch früher am römischen und byzantinischen Hofe vorkamen, wie namentlich der Primicerius und Secundicerius; zum Teil aber sind ihnen auch rein abendländische Titel gegeben. Ihre amtliche Stellung läßt sich ungefähr so bestimmen. Sie sind insgesamt römische Geistliche [99]); aber die beiden Ersten unter ihnen sind nur mit Wahrnehmung der kaiserlichen Angelegenheiten beauftragt, und genieſſen in der Kirche die höchsten Ehren: die übrigen fünf haben kirchliche und städtische Geschäfte zu besorgen.

98) Bd. I. S. 332.

99) Romae clerici sunt, ad nullos alios ordines promouendi. Die abweichende Lesart der Hds.: romae domini sunt, kan wohl nur durch eine misverstandene Abbreviatur entstanden sein: clri und dni sehen sich in Handschriften sehr ähnlich.

Digitized by Google

Vorzugsweise sind sie verwaltende Behörden; zugleich aber bilden sie für wichtige, nicht criminelle Rechtsachen das höchste Richtercollegium. Mit eben dieser Mitgliederzahl finden wir nun wirklich ein höchstes Gericht im J. 997, bei einem Streit zwischen dem Abt von Farfa und den Presbytern von S. Eustachio. Die beiden kaiserlichen Beisizer werden zuerst genant; freilich kein Primicerius und Secundicerius, sondern der Archidiaconus palatii und der Präfect von Rom. Die fünf päbstlichen Beisizer aber sind der Primus Defensor, der Arcarius und drei datiui iudices [100]). Also bestand zwar das Collegium, war aber nicht vollzählig, und muste sich durch ausserordentliche Beisizer aus den niederen Richtern ergänzen. Sogar noch im J. 1160 findet sich dasselbe Collegium wieder, aber in einer ganz anderen Stellung: als städtisches Obergericht. Wir finden den Primicerius, den Primus Defensor, Saccellarius und Protoscriniarius; die drei anderen Stellen sind wieder durch Datiui ergänzt [101]). Nach Bunsen's Meinung hätte dieses städtische Obergericht jederzeit neben dem palatinischen bestanden; mir ist es wahrscheinlicher, daß Dieses zu Jenem

100) Galetti del Primicero p. 221: Ipsa hora residebat in iudicio domnus Leo Archidiaconus S. Imperii Palatii, ex parte Domni Imperatoris, una cum Iohanne Vrbis Rome prefecto; et iudicibus Romanis Gregorio Primo Defensore, Leone Arcario, Atrocio, Petro, Paulo datiuis iudicibus, ex parte Domni Papae.

101) Fr. Ant. Vitale storia diplomatica de' Senatori di Roma. Rom 1791. 4. pag. 54. Ich habe diese, so wie die vorhergehende Stelle aus Bunsen's Beschreibung von Rom S. 224. 225 entlehnt. — Auch im J. 1130 unterschreiben sich die Römer in einem Briefe an Kaiser Lothar: "praefectus urbis, ... reliqui .. potentes, sacrique palatii iudices, et nostri consules, et plebs omuis romana." Savigny I, 322, nach Baronius. Nostri consules sind hier wohl, wie nostri iudices, (S. 132) die städtischen Beamten, d. h. die Decurionen, im Gegensaz der landesherrlichen Duces.

Digitized by Google

herabgesunken sei, nachdem das Ansehen des Kaisers in Rom untergraben war. Daß aber der Anteil der sieben palatinischen Richter an der Pabstwahl zu der Fixirung von sieben Kardinalbischöfen und sieben deutschen Kurfürsten beigetragen, wie schon Niebuhr vermuthet hat, kan wohl kaum bezweifelt werden.

Zum Schlusse müssen noch ein paar besondere Ausdrücke näher erörtert werden.

1) Die palatinischen Richter werden auch Ordinarii genant, wenigstens in der Heimat des Verfassers. Dieser Titel wurde bekantlich früher besonders den Statthaltern, also den Consularen, gegeben [102]: hier aber soll er grade im Gegensaz von Diesen den palatinischen Richtern beigelegt werden. Eine Erklärung dafür in deutschen Verhältnissen zu finden, möchte schwerlich gelingen: wenigstens kan uns der Sprachgebrauch des lateinischen Sachsenspiegels, unter Ordinarius den iudex infeudatus zu verstehen [103], hier um gar nichts weiter bringen. Auch die gewöhnlichere Bedeutung des Wortes, in welcher es den mit Verwaltung der Grafschaft beauftragten Landrichter oder Landvogt bezeichnet [104], kan hier, bei städtischen Beamten, keine Anwendung finden. Dagegen giebt uns das justinianische Recht eine einfachere Erklärung. Justinian versteht in den Novellen unter iudex ordinarius keineswegs blos den Statthalter, sondern jeden höheren Richter; daher bezeichnet er ihn mit dem Worte ἐμβάθμος, (die Stufen, das Tribunal innehabend) [105], was offenbar den Gegensaz von χαμαιδικαστὴς, pedaneus iudex bedeutet [106].

102) Savigny a. a. O. I, 62. 73.

103) Specul. Saxon. lib. I. cap. 71.

104) Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. I. §. 302.

105) Justin. nouella 112. cap. 3: τοὺς ὀρδιναρίους δικαστὰς, ἤγουν τοὺς ἐμβάθμους. Harmenopul. lib. I. cap. 4.

106) Justin. nouella 60. cap. 2. Theophil. IV, 15 pr.

Digitized by Google

Ganz eben so wird nun auch hier der ordinarius iudex dem pedaneus iudex gegenübergestellt. Beiläufig bemerkt, ist es auffallend, daß fast alle neuere Juristen das Wort ἐμβάθμος mit Stillschweigen übergehen.

2) Der Ausdruk presbyteria für feierliche Geschenke, welche der Pabst bei seiner Krönung an höhere Kirchenbeamte verteilt, ist uns keineswegs neu: es kommen dafür bei Du Cange zahlreiche Zeugnisse vor. Allein an die Etymologie des Wortes, welche sich hier zwar nicht bei Mabillon, aber doch in unserer vatikanischen Handschrift findet, scheint man noch nicht gedacht zu haben. Ihre Richtigkeit vorausgesezt — und ich finde keinen Grund daran zu zweifeln — würde also das Wort eigentlich praebiteria zu schreiben seyn.

3) Die Worte: barbari iudices legis peritos in legem cogentes iurare, iudices creauere können wohl nichts Anderes bedeuten, als: "Unwissende Oberrichter, welche rechtskundige Personen auf das römische Recht verpflichten wollen, haben Unterrichter angestellt," u. s. w. Das in legem iurare ist nämlich der Amtseid des Richters, den in Rom der Kaiser, anderswo der Graf abnahm. Denn schon in dem ersten Bruchstücke kamen die Worte vor: "Imperator faciat eum iurare, quod nulla occasione subuertat legem."

c. Ein Bruchstük über römisch-germanische Stadt- und Reichsverfassung.

Das folgende, aus 17 Zeilen bestehende und an beiden Enden verstümmelte Bruchstük, ist so viel ich weis, von Herrn O. A. Rath Spangenberg entdekt worden: Näheres über seine Herkunft vermag ich für jezt nicht anzugeben.

Digitized by Google

(Rex [107])) | iudicat et damnat, ut uoluerit, et soluit: et qui super duces ciuitatum | longe a rege ad facienda ibi iudicia statuitur, praeses uocatur. | Praefectus [108]), qui praecellit de optimatibus. Defensor ciuitatum, | qui iudicat causas, sed intra muros tantum [109]); non iudicat de his, | quae extra ciuitatem aguntur: ipse sub comite, et sub ipso fit | curator, qui explorat quicquid in ciuitate agitur, occulte [110]) | ambulans, ut sciat, mensura uel statera dolosa si fue|rit, aut si malum aliquid perpetratur, ut secum pertrahat | malos, quos inuenerit, ad defensorem. Potens, qui multas | diuitias habet. Dominus, qui super duas uel tres aut amplius uillas | a potente statuitur, sub quo agentes [111]) fiunt. Agens [112]) autem qui super | uillam fit et uillae sibi creditae [113]) causas iudicat [114]). Dominus | unusquisque homo liber, quod [115]) se ipsum, uel modicam substantiam | sub se ipso [116]) dominatur. Consul et proconsul pene unum sunt; | sed consul dicitur, quod [117]) dominio [118]) regis consulat, et sit, per [119]) quem rex do(cea)|tur, utrum agens [120]) in consulatione [121]) elatus superbiat, et | de [122]) non sua

107) Rex fehlt in der Handschrift.
108) Meine Abschrift hat perfectus.
109) mores tamen, nach meiner Abschrift.
110) occulte, nach der Abschrift.
111) ages nach der Abschrift.
112) Agis, nach der Abschrift.
113) crędete, dann crędite, Abschrift.
114) iudicant, dann iudicat, Abschrift.
115) ꝙ nach der Abschrift.
116) ipsum, dann ipso, Abschrift.
117) ꝙ, Abschrift.
118) domina, Abschrift.
119) suꝑ, Abschrift.
120) do..tur unum agent, Abschrift.
121) Vielleicht inconsulte? in consulatu? in consultatione?
122) 7 n̄ de, Abschrift.

Digitized by Google

tanquam [123]) de sua (re disponat) [124]). Sepe autem, si bene ageret [125]) in con|(sulatione) [126]). . .

Wir können die hier aufgezählten Titel in vier Classen einteilen: 1) rein germanische, wie Dominus und Agens; 2) rein römische, wie Defensor und Curator (eine sehr gewöhnliche Marktobrigkeit in den Municipien); 3) römische, welche auf germanische Reichsämter übertragen wurden, wie der Praeses, Dux, Praefectus, Comes, Consul und Proconsul; 4) endlich der Potens, ein römischer Name, aber ohne eigentliche Bezeichnung eines Amtes [127]).

Ueber den Ort, an welchem der Verfasser dieses Bruchstüks geschrieben, läst sich nur etwa so viel sagen. Betrachtet man das Ganze nicht blos als eine rein philologische Untersuchung, so weiset die große Mannichfaltigkeit von Behörden deutlich auf die Einrichtungen eines größeren Königreiches hin. Uebrigens war es nach den bei Du Cange angeführten Zeugnissen sowohl in England als im fränkischen Reiche gar nicht selten, den Comes durch Praeses oder Consul, und den Vicecomes durch Proconsul zu bezeichnen: ja der Titel Proconsul scheint sogar in England viel gewöhnlicher geblieben zu sein, als in Frankreich. Da jedoch die Namen praefectus und praeses sich besonders im fränkischen Reiche erhalten haben, so bin ich doch mehr geneigt, Dieses als die Heimat unseres Bruchstüks anzusehen. Was dessen Alter betrift, so darf die ganz unverkürzte Fortdauer der römischen Munizipalverfassung gewiß als ein Beweis für das frühere Mittelalter gelten, wenn ich es auch nicht wagen möchte, in noch genauere Zeitbestimmungen einzugehen.

---

123) tāꝙ, Abschrift.

124) re disponat fehlt in der Abschrift.

125) agerit, Abschrift.

126) Mit con bricht die Abschrift ab.

127) Iac. Gothofr. ad tit. Theodosiani: de actionibus ad potentes translatis (II, 13). vgl. oben Note 101.

Digitized by Google

Rheinisches Museum

für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

Blume, Böcking, Hollweg, Puchta,
Puggé und Unterholzner.

Fünften Bandes zweites Heft.

Göttingen,
in der Dieterichschen Buchhandlung.
1832.

Digitized by Google

Digitized by Google

Neues
Rheinisches Museum
für
Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

Blume, Böcking, Hollweg, Puchta,
Puggé und Unterholzner.

Ersten Bandes zweites Heft.

Göttingen,
in der Dieterichschen Buchhandlung.
1832.

Digitized by Google

Digitized by Google

VI.

Ueber das s. g. Citirgesetz vom Jahr 426.

Von Puchta.

Mit einem Nachtrage von Blume.

Man kann sich den Inhalt der L. 3. C. Th. de respons. prud. so vorstellen, daß dadurch die Schriften der darin zuerst und speciell genannten fünf Juristen gesetzliche Gültigkeit erhalten sollten. Diese Ansicht bedarf aber sofort einer näheren Bestimmung, denn man kann nicht annehmen, daß bloß jenes die Meinung des Gesetzes gewesen sey. Dieß würde nämlich voraussetzen, daß die Schriften der alten Juristen überhaupt oder jener fünf insbesondere vorher entweder keine Autorität in den Gerichten gehabt hätten, wovon das Gegentheil gewiß ist, oder wenigstens eine geringere, als ihnen nun die Kaiser beilegen, was nicht wahrscheinlich ist, da sie diese Autorität lediglich so bezeichnen, wie sie auch schon vorher existiren konnte; und wie sie den responsa et sententiae eorum quibus permissum est jura condere, auch in früheren Quellen zugeschrieben wird. Die erforderliche nähere Bestimmung wird nun jener Ansicht dadurch gegeben, daß die Gültigkeit jener fünf Juristen eine ausschließliche seyn sollte, so daß also die Absicht des Gesetzes eigentlich die

Digitized by Google

gewesen sey, die Autorität aller andern juristischen Schriften in den Gerichten aufzuheben [1]).

Dieser Ansicht stellt sich indessen der Umstand entgegen, daß das Gesetz die Aufzählung der juristischen Schriften, deren gesetzliche Autorität es anerkannt, mit der Nennung jener fünf Juristen keineswegs beendigt hat, sondern unmittelbar noch hinzufügt: Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaeuolae, Sabini, Juliani atque Marcelli, omniumque quos illi celebrarunt: si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Es giebt hauptsächlich zwei Erklärungen dieser Worte (noch abgesehen von der darin erwähnten Vergleichung der Handschriften): nach der einen soll dadurch den von jenen fünf Vorgenannten citirten Juristen dieselbe Autorität für ihre Schriften, wie jenen, bestimmt seyn, nach der andern aber nur den Stellen ihrer Schriften, die in den Büchern jener fünf wirklich aufgenommen, "als integrirende Theile darin mit enthalten und commentirt waren." Nun ist es leicht begreiflich, daß die Anhänger der Ansicht, von welcher wir ausgegangen sind, diese letzte Erklärung für die richtige ausgeben, denn die erste würde ihnen ein völlig widersinniges Resultat liefern. Der Gesetzgeber konnte nicht die Absicht gehabt haben, die Zahl der gültigen Juristen auf jene fünf zu beschränken, und zugleich diese Beschränkung sofort wieder dadurch aufheben, daß er allen von jenen citirten dieselbe Autorität zuschrieb. Diese Verbindung jener Ansicht mit dieser zweiten Erklärung ist so wesentlich, daß wofern diese falsch und dagegen die erste die richtige ist, dadurch jene Ansicht selbst unmöglich wird. Dieß ist aber wirklich der Fall.

1) v. Savigny Geschichte des R. R. im M. A. I. S. 8. Zimmern Gesch. d. R. Privatr. I. §. 58.

Digitized by Google

Vor allem deutet in jenen Worten gar nichts darauf hin, daß sie, wie es nach der bestrittenen Erklärung gefordert wird, eine Einschränkung der in dem ersten Satz angeblich liegenden Ausschließung aller andern Schriftsteller seyn sollen. Vielmehr werden sie wie eine ihm völlig gleichstehende Aeußerung hinzugefügt: "Wir bestätigen die sämmtlichen Schriften des Papinian u. s. w. ...[2]); wir wollen auch, daß die Wissenschaft deren Gültigkeit habe u. s. w." Nach jener Erklärung soll dieß so verstanden werden, als wenn gesagt wäre: Wir geben den Schriften Papinians ꝛc. ausschließliche Gültigkeit, nur daß auch nach ꝛc. Ferner aber sagen die Worte Folgendes: die Rechtskunde derjenigen soll Autorität haben, deren Abhandlungen und Ansichten in den Werken der fünf Vorgenannten vorkommen. Wenn man nun auch zugäbe, daß die Worte quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt wirklich von einer Citation in extenso, von der wörtlichen Aufnahme von Stellen aus den früheren Schriften zu verstehen seyen, also wenn man den Satz so erklärte, wie es den Anhängern jener Erklärung nur irgend wünschenswerth seyn kann, so würde daraus noch gar nichts für diese Erklärung folgen. Denn das Gesetz sagt nicht, die tractatus et sententiae, die auf diese Art in den Schriften der Vorbenannten vorkommen, sondern die scientia der so Vorkommenden überhaupt solle gültig seyn. Hätten die Worte also auch jene Bedeutung, so würde nur so viel sich daraus ergeben, daß bloß die Werke eines solchen Juristen gelten sollten, der von jenen nicht bloß citirt, sondern auch excerpirt sey, aber daß nur diese Excerpte gelten sollten, hätte auch hier das Gesetz mit keinem Wort weder gesagt noch angedeutet. Dieß ist, wenn wir bey den Worten stehen bleiben, so unwider-

2) Die Bestimmung über Gajus ist nur eine Parentheſe.

Digitized by Google

sprechlich, daß in der That niemand auf eine andere Erklärung kommen konnte, der nicht zum Voraus von der Ansicht, daß die Zahl der gültigen Juristen auf jene fünf beschränkt werden sollte, occupirt war, mit welcher sich die natürliche und richtige Erklärung nicht verträgt.

Die Bestimmung über die Handschriftenvergleichung versteht man absolut von den Schriften überhaupt, die eben nach dem Gesetz Gültigkeit haben sollten. Dagegen läßt sich allerdings der im Gesetz angegebene Grund: propter antiquitatis incertum nicht schlechterdings anführen, denn im J. 426. konnte diese antiquitas allenfalls auch den Schriften Papinians u. s. f. zugeschrieben werden. Wenn nun aber vorher zwei Classen von Juristen aufgestellt wären, neuere und ältere [3]), so wäre es wohl das wahrscheinlichste, daß jene Bestimmung nur die letzteren im Auge hätte. Dazu kommt noch, daß die Worte: si tamen etc. philologisch betrachtet nur auf die von den Vorbenannten citirten Juristen bezogen werden können. Nehmen wir nun diesen Sinn wirklich an, so ist diese Aeußerung nach der gewöhnlichen Ansicht gar nicht zu erklären. Das Gesetz würde verordnen, zur Herstellung des authentischen Textes der Excerpte, welche nur durch diese Eigenschaft als Excerpte Gültigkeit hätten, die Bücher zu vergleichen, denen es diese Gültigkeit entzogen hat. Völlig absurd aber wird diese Vorschrift, wenn man die Ansicht von einer Beschränkung der Autoritäten auf jene fünf zum Theil dadurch begründet, daß die Schriften der Juristen zu zahlreich und darum nicht wohl anzuschaffen waren. Denn nun hätte man sie dennoch haben müssen, noch dazu ohne einen practischen Gebrauch davon machen

3) Daß unter denen, welche man nach der Art, wie das Gesetz sie nennt (als von den Andern citirte) überhaupt ältere nennen kann, auch solche vorkommen, die jenen oder einigen von ihnen gleichzeitig sind, macht natürlich nichts zur Sache.

Digitized by Google

zu dürfen; und welche Belesenheit in diesen Werken gehörte dazu, um die vorkommenden einzelnen Excerpte derselben in ihnen immer wieder zu finden!

Die einzelnen Aeußerungen des Gesetzes, auf welche die gegenwärtigen Bemerkungen sich beziehen, sind bisher nur in soweit als sie der am Eingang erwähnten Ansicht entgegenstehen, also mehr von ihrer negativen Seite erläutert worden. Ihr positiver Inhalt wird bei der Darstellung der Ansicht, die allein sich meines Erachtens aus dem Gesetz und den sonstigen Nachrichten über den Rechtszustand von Justinian rechtfertigen läßt, seine vollständige Erklärung finden. Indem ich dazu fortgehe, darf ich nicht verschweigen, daß die Elemente der richtigen Ansicht großentheils schon in Hugo's Rechtsgeschichte anzutreffen sind (10. Aufl. S. 944-48.), so daß ich es nur der abgerissenen Gestalt, in der sie dort vorkommen, dem Mangel des Mittelpuncts, der sie vereinigt, und vielleicht eben so sehr einem gewissen Schwanken, einer vorsichtigen Unentschiedenheit, zu welcher dieser Gelehrte durch sein kritisches Genie sich hier mehr als billig bestimmen läßt, zuschreiben kann, wenn unser Gegenstand noch so viel Anlaß zu nachträglichen Erörterungen giebt, als dieß wirklich der Fall ist.

Es war eine natürliche Folge der von August in Beziehung auf das Respondiren getroffenen Einrichtung, daß die Juristen, welchen das Jus respondendi ertheilt ward, auch als Schriftsteller ein großes Uebergewicht über diejenigen erhielten, deren Werke des Vorzugs, einen juris auctor, oder der es wenigstens nachher geworden war, zum Verfasser zu haben, entbehrten. Wenn Gajus unter den Rechtsquellen die sententiae et opiniones der Juri-

Digitized by Google

sten nennt [4]), so beschränkt er dieß ausdrücklich auf diejenigen, quibus permissum est jura condere. Aus diesem Gewicht, das ihren Schriften beigelegt war, dürfen wir folgern, daß die juris auctores nur auf solche Ansichten in ihren Werken Rücksicht nahmen, welchen jene Autorität gleichfalls zustand, und daß daher kein Jurist von ihnen citirt ward, der nicht entweder zu den ueteres oder (seit August) zu den juris auctores gehörte. Nicht weniger folgt dieß aus der practischen Tendenz der römischen juristischen Literatur; die Ansicht eines Andern zur Bestätigung anzuführen oder sie zu widerlegen, beides war von practischem Interesse nur, wenn die Ansicht jene Autorität hatte, und es ist nicht zweifelhaft, daß wir eben deshalb auch bei Schriftstellern ohne das Jus respondendi eine Befolgung dieser Methode, und daher keine andere Citate erwarten dürfen [5]). Endlich wird diese Folgerung bestätigt durch die Const. Deo auctore (§. 4.) wo die nicht autorisirten Schriftsteller so bezeichnet werden: quorum scripturae *nullis auctoribus receptae* nec usitatae sunt.

Ohne Zweifel hat es nun zu keiner Zeit in Rom an juristischen Schriftstellern gefehlt, welche das Jus respondendi nicht hatten, da ja auch die, welche dieses Recht erhielten, meistens wohl vorher schon als Schriftsteller aufgetreten waren, und Viele werden diese rückwärts wirkende Bestätigung ihrer Schriften nie erlangt haben. In späterer Zeit konnte die Existenz solcher Schriften, theils

4) Daß er damit nicht bloß und ausschließlich die Responsa, wie sie Parteien ertheilt werden, meint, beweisen die Worte sententiae et opiniones selbst; aus dem folgenden Satz aber: quorum *omnium* etc. geht hervor, daß er hier jene Responsa gar nicht, sondern bloß die Schriften im Sinne hat.

5) Dieß ist so natürlich, daß wir auch bei uns, wo keine so scharfe Grenzlinie zwischen "bewährten Rechtsgelehrten" und Andern gezogen ist, in den älteren Schriften von practischem Character eine ähnliche Beobachtung machen können.

Digitized by Google

älterer, theils auch neuerer, welche dem genius seculi angemessener waren und daher einer großen Zahl von Richtern annehmlicher dünkten, als viele der andern, eine bedeutende Verwirrung in der Rechtspflege anrichten und Streit über die Autoritäten verursachen; wohl konnte sich also ein Kaiser bewogen finden, einem eingerissenen Gebrauch von Schriften, welche diese Autorität weder besaßen noch verdienten, ein Ende zu machen, und dieses war meiner Ansicht nach die Absicht des Gesetzgebers, von welchem unser Gesetz herrührt [6]).

Wenn ein Gesetzgeber im J. 426. erklären wollte, daß nur von den bewährten Rechtsgelehrten, und bestimmter, daß 1) von keinem Schriftsteller nach Modestin, und 2) auch von keinem älteren, wenn ihm nicht das Jus respondendi ertheilt worden war, Gebrauch in den Gerichten gemacht werden solle, — wie konnte er sich passend ausdrücken? Der unpassendste Ausdruck, für seine Zeit zumal, wäre ohne Zweifel der gewesen, den ich so eben gewählt habe. Denn wie viele Richter wären wohl damals, besonders für die Zeiten, für welche es keinen Pomponius gab, im Stand gewesen, das Zeitalter aller juristischen Schriftsteller auch nur in Beziehung auf Modestin anzugeben [7]), und noch gar von den älteren die nichtautorisirten auszuscheiden? Der einzig passende Ausdruck war der, die neuesten autorisirten Schriftsteller zu

6) Daß es von der weströmischen Regierung ausgegangen sey, hält Hugo für sehr zweifelhaft. Daß ein Gesetz die Unterschrift: Datum Rauennae hat, schließt allerdings seine ursprüngliche Emanation von der oströmischen Regierung nicht aus, aber daß es diese Unterschrift in dem von dieser letzteren ausgegangenen theodosischen Coder hat, läßt sich nur erklären, wenn Ravenna sein eigentlicher Geburtsort ist.

7) Man kann sich auch eine ziemliche Anzahl heutiger Richter im Verhältniß zu einem Gesetz vorstellen, welches erklärte, nur die Practiker vor J. H. Böhmer mit diesem sollten Autorität haben, selbst abgesehen von dem Schwankenden, welches in Beziehung auf die mehr oder weniger Gleichzeitigen an sich in diesem Ausdruck liegt.

Digitized by Google

nennen, und hinzuzufügen, daß auch die gelten sollten, die von ihnen citirt würden, damit also die späteren auszuschließen, und dem Richter ein hinlängliches Kennzeichen der früheren autorisirten an die Hand zu geben. — Diese hier zunächst nur als problematisch dargestellte Ansicht von dem Inhalt des Gesetzes, soll nun theils durch die hieher gehörenden Aeußerungen desselben, theils durch andere, außer ihm liegende Gründe erwiesen werden.

Der Kaiser bestätigt vor allem die Schriften von Papinian, Paulus, Gajus, Ulpian und Modestinus. Der Grund, warum Gajus hier mit aufgeführt ist, liegt in dem Nachsatz, der diesen Juristen besonders betrifft, und der ohne seine ausdrückliche Erwähnung nicht hätte Platz finden können. Von diesem Nachsatz wird eine nähere mit unserer Ansicht zusammenhängende Erklärung nachher gegeben werden. Modestinus ist der letzte, der gelten soll, und wenn mit Sicherheit anzunehmen gewesen wäre, daß alle autorisirten Juristen von ihm citirt würden, so hätte der Kaiser auch ihn allein nennen können. Dieß aber war nicht anzunehmen, überdem wäre es unpassend gewesen, diesem Juristen allein den Schein vorzüglicher Autorität beizulegen, den immer der ausdrücklich genannte gegenüber den bloß inter ceteros begriffenen gewinnt. Daher wurden auch seine nächsten Vorgänger Ulpian und Paulus genannt [8]), und mit diesen Papinian verbunden, der schon deswegen speciell aufzuführen war, weil nachher eine besondere Bestimmung über ihn gemacht werden sollte, und welcher bei der vorzüglichen Autorität, die ihm beigelegt wurde, den ersten Platz unter allen Genannten erhalten mußte. Nachdem nun diese genannt waren, konnte der Kaiser, sicher daß kein bewährter Jurist von Erheb-

8) Daß gerade diese beiden aus ihren Zeitgenossen herausgehoben werden, bedarf bei ihrem Ansehen und ihrer schriftstellerischen Fruchtbarkeit keiner Erklärung.

Digitized by Google

lichkeit von diesen unerwähnt geblieben seyn würde, zu der Verfügung fortschreiten, daß auch alle die Juristen Autorität hätten, welche von irgend einem der Vorbenannten (praedicti omnes) citirt würden. Wenn er nun damit die Juristen nach Modestin mit Bestimmtheit ausgeschlossen hatte, so schien es dagegen, um ja nicht etwa einen nichtautorisirten früheren mit zu begreifen, nothwendig, für dieses Citiren nicht bloß einen unbestimmteren Ausdruck, wie nachher das Wort celebrare, zu gebrauchen, sondern da es möglich war, daß der Name auch eines nichtautorisirten Juristen in jenen Werken vorkam, eine Bezeichnung zu wählen, welche größere Sicherheit gewährte. Deshalb drückt er das Citiren mit den Worten aus: deren Erörterungen und Ansichten jene in ihre Werke aufgenommen haben, zum Unterschied von den Fällen, wo etwa nur der Name eines Juristen vorkam. Eine Erwähnung also nach Art folgender: quod et Herennio Modestino studioso meo de Dalmatio consulenti rescripsi (L. 52. §. 20. de furtis) sollte nicht entscheiden.

Nachdem nun der Sinn dieser Verfügungen festgestellt ist, läßt sich auch eine Erklärung der Worte: si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur, geben, von denen wir oben nur so viel gesehen haben, daß sie sich auf die Bücher nicht der praedicti, sondern der von diesen Citirten allein beziehen. Es scheint, daß man über dem Wort Handschriftenvergleichung, mit welchem man den Inhalt dieser Bestimmung bezeichnete, und das man der Erklärung derselben unterlegte, vergessen hat, die Worte des Gesetzes selbst genau zu untersuchen. Ihre Bücher, sagt der Kaiser, sollen durch Vergleichung der Handschriften bestätigt werden. Ich will die Ausdrücke eines Gesetzes Valentinian III. nicht mit der Subtilität wägen, daß ich nicht zugestände, damit könne allenfalls auch eine Vergleichung

Digitized by Google

der Lesarten in den Büchern gemeint seyn. So viel aber ist richtig, daß die Worte selbst dieß nicht sagen, daß sie vielmehr von einer Bestätigung der Bücher selbst propter antiquitatis incertum (also die Bücher, nicht ihre Lesarten sind ungewiß) durch jene Vergleichung sprechen. Und wenn dieß einen natürlichen Sinn giebt, so wird ohne Zweifel jene andere Erklärung verworfen werden müssen, welche diesen Worten überdieß eine jenen Zeiten fremdartige Verfügung beimißt. Durch die Vergleichung der Handschriften soll offenbar die Authenticität von etwas hergestellt werden, nach der gewöhnlichen Vorstellung von der Lesart in den Büchern, was die Worte nicht sagen, und was auch über die Sorgfalt, die wir von dem Kaiser, und der Kaiser von seinen Richtern billigerweise erwarten durfte, hinausgeht, nach den Worten aber die Authenticität der Bücher selbst. Wenn es irgend vorkam, daß namentlich bedeutend älteren Juristen (propter antiquitatis incertum) Werke untergeschoben wurden — und die sonstige römische Literatur bietet uns ja genug Beispiele dafür [9]) —, so war der Kaiser hinlänglich aufgefordert, in seinem Gesetz darauf Rücksicht zu nehmen [10]). Die Frage über die Aechtheit eines Werks ließ sich aber nicht besser als durch die Existenz alter Handschriften desselben entscheiden, und durch deren Vergleichung, verordnet daher der Kaiser, sollen "die Bücher der älteren Juristen bestätigt," ihre Aechtheit erhärtet werden.

Es ist noch übrig, das was über Gajus in dem Gesetz vorkommt, zu erklären. Daß dieser Jurist unter den

9) Auch in der juristischen Literatur kommen Beispiele vor: Pomponius (L. 2. §. 38. de O. J.) erwähnt einen Streit über die Aechtheit mehrerer dem S. Aelius zugeschriebenen Bücher.

10) Vielleicht hatte der Zweifel, der die Entscheidung über die sententiarum libri des Paulus nöthig machte, (l. 2. C. Th. de resp. prud.) eine ähnliche Veranlassung.

Digitized by Google

Vorbenannten nicht erwähnt wird, hängt damit zusammen, daß seinen Schriften durch den Beisatz ita ut Cajum quae Paulum Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas lectionesque ex omni ejus opere recitentur, die Bestätigung besonders ertheilt wird. Nach einer längst gemachten Bemerkung wird Gajus von keinem Juristen citirt [11]), deshalb befindet er sich nicht unter denen, deren tractatus et sententiae bei Papinian ꝛc. vorkommen, denn wir haben eine hinreichende Masse von Ueberbleibseln aus der juristischen Literatur nach Gajus, in welchen er nicht vorkommt, um den Zweifel, ob er nicht doch vielleicht nur zufällig in diesen nicht vorkomme, wohl aber in andern nicht überlieferten Schriften, als sehr ungegründet verwerfen zu können. Jener Beisatz nun setzt voraus, daß Gajus die Autorität der Andern bis dahin nicht hatte, wenigstens daß sie nicht unzweifelhaft war; aus welchem Grund, ist meines Wissens bis jetzt nicht erklärt worden. Wenn Gajus keine Autorität hatte, so ist der einfachste und natürlichste Grund der, daß er das Jus respondendi nicht erhalten hatte, welches ihm nun gewissermaßen unser Gesetz nach seinem Tode beilegt. Und darin haben wir nach den oben darüber gemachten Bemerkungen zugleich den Schlüssel zu der räthselhaften Erschei-

11) Man nimmt gewöhnlich Eine Ausnahme an: Pomponius L. 39. de stip. serv. citire ihn mit der Bezeichnung Cajus noster. Man hat aber dabei die Wahl anzunehmen, daß hier der sonst nirgends citirte Gajus gemeint sey, oder aber der so oft citirte C. Cassius (wie bei Julian in L. 59. sol. matrim.). Cajus noster war ein bezeichnender Ausdruck für diesen letzteren, wenn Pomponius Cassianer war, was nach allem immerhin das wahrscheinlichere ist. (Diese Eigenschaft des Pomponius wird dadurch problematisch, daß man einen zweiten S. Pomponius entdeckt hat, aber diese Annahme beruht auf sehr unsichern Gründen. Der Hauptgrund: daß Pomponius in L. 41. de hered. inst. selbst einen S. Pomponius citire, beruht auf der Voraussetzung, daß die Schlußworte des Fragments: ut refert S. Pomponius, von Pomponius selbst herrühren, was aber weder nothwendig, noch auch sogar nur wahrscheinlich ist. Vgl. Blume in der Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IV. S. 377. Not.)

Digitized by Google

nung, daß er von keinem Andern citirt wird. Damit kann noch ein anderer Umstand in Verbindung gebracht werden. Gajus hat unseres Wissens keine Responsa herausgegeben. Dieß könnte zufällig seyn, aber er hat gleichsam als Surrogat dafür einen liber de casibus geschrieben, worin er theils Fälle aus Anderen (L. 63. de cond. indeb.) theils fingirte anführt (L. 88. de hered. instit. L. 37. de statulib.). Nur von Modestinus kommt ein Werk mit ähnlichem Titel: liber de enucleatis casibus vor, aber der Inhalt dieser Schrift ist ein anderer, als der Gajischen, wie schon der Titel andeutet, und die daraus überlieferten Fragmente bestätigen.

Bei der Prüfung der entgegengesetzten Meinung, wornach das Gesetz die Autorität aller Juristen außer jenen Fünfen mit Ausnahme ihrer in den Schriften der letzteren vorkommenden Ansichten aufgehoben haben soll, ist oben nur gezeigt worden, daß sie sich mit den Worten des Gesetzes nicht vereinigen läßt, was denn auch für sich schon ein hinreichender Grund ist, sie zu verwerfen. Aber es ist nicht der einzige, welcher ihr entgegensteht. Zwei solche Gründe sollen nur noch zum Schluß, zugleich zur Bekräftigung der richtigen, bisher aus den Aeußerungen des Gesetzes entwickelten Ansicht, angezeigt werden.

Bis zur Publication der justinianischen Digesten hätte nach jener Meinung kein anderer Jurist Autorität gehabt. Wäre dieß richtig, so hätten die Kaiser in ihren Gesetzen, ja auch Justinian hätte vor jenem Zeitpunct, zum wenigsten nicht vor der Verordnung am Schluß des Jahrs 530, worin er die Abfassung der Digesten befiehlt, sich nicht auf die Autorität eines solchen abgeschafften Juristen berufen können. Nun aber berufen sich Leo und Anthemius (L. 5. C. de bon. quae lib.) auf die Autorität Julians in einer Weise, wobei es nicht im mindesten wahrschein-

Digitized by Google

lich ist, daß sie sich auf einen bei einem Andern vorkommenden Ausspruch eines nur mit solcher höchst secundärer Autorität bekleideten Juristen beziehen: non piget nos in praesenti quoque negotio, de quo sublimitas tua suggessit, aequitati conuenientem Juliani tantae existimationis uiri atque disertissimi jurisperiti opinionem sequi, qui quidem de dotali praedio tractatu proposito idem jus tam de uxore quam de sponsa obseruari arbitratus est, licet lex julia de uxore tantum loquatur. Justinian in einer Constitution aus der ersten Hälfte des Jahrs 530. (L. 1. C. de comm. seruo manum.) citirt nicht bloß Marcianus in seinem Werk über die Constitutionen des Severus, sondern auch eine Ansicht des Marcellus aus dessen Noten zu Julian, ferner Marcianus in L. 10. pr. C. de adopt. Den Urheber der Constitution am Schlusse des Titels ad legem juliam majestatis, in welcher eine Stelle aus Marcian's lib. I. de publ. judiciis sogar in extenso enthalten war [12]), kennen wir nicht. Es ist aber schon diesem Inhalt nach wahrscheinlicher, daß sie vor als daß sie je nach Abfassung der Digesten erlassen ist.

Den zweiten Grund giebt die Verordnung, wodurch Justinian die Abfassung der Digesten befiehlt. Es läßt sich erwarten, daß darin auf die früheren Verordnungen über den practischen Gebrauch der juristischen Schriften, und so auch auf die unsrige werde Bezug genommen werden. Dieß ist auch wirklich der Fall. Wäre nun der Inhalt unseres Gesetzes der, welchen die gewöhnliche Meinung annimmt, so würde der auffallendste Unterschied des Rechtszustands, wie er nach Justinians Gesetzgebung werden sollte, von dem durch unser Gesetz eingeführten der seyn,

12) K. Witte leges restitutae S. 218.

Digitized by Google

daß die große Anzahl der abgeschafften Juristen jetzt wieder in ihre Würde eingesetzt worden wäre. Dieß zu bemerken, hätte Justinian schwerlich unterlassen können, nicht bloß etwa jener Ruhmsucht wegen, die freilich häufig genug in seinen Gesetzen sichtbar wird, und welche nirgends größere Veranlassung gehabt hätte, sich zu zeigen, als eben hier, die aber dennoch nicht selten schon zu viel hat beweisen müssen, und deshalb ein etwas anrüchiges Argument geworden ist, — sondern weil in der That, wenn zu jener Zeit nur die Schriften jener fünf Juristen Gültigkeit hatten, in einer Instruction zur Abfassung der Digesten der ausdrückliche Befehl nothwendig war, daß diese Ausschließung der übrigen aufgehoben seyn sollte. Eine solche Bemerkung aber enthält die Verordnung nicht nur nicht, ungeachtet sie auf alle andere Bestimmungen unseres Gesetzes Rücksicht nimmt, sondern sie enthält sogar Aeußerungen, die mit jenem vorgegebenen Rechtszustand schlechterdings unvereinbar sind. Eine nähere Durchsicht der Verordnung, welche man bisher für die Erklärung unseres Gesetzes viel zu wenig benutzt hat, wird vielmehr die aus diesem erwiesene Ansicht vollkommen bestätigen.

Er gehe, sagt Justinian (Const. Deo auctore §. 2.) nachdem er des Constitutionencodex Erwähnung gethan hat, zu einem schwierigeren Werk über, nämlich zur *juris* [15]) emendatio, zur Vereinigung von *tot auctorum dispersa uolumina* in ein Buch. Es leuchtet ein, daß er, wie er thut, die juris emendatio nicht als eine Vereinigung der zerstreuten Schriften, so vieler Autoren bezeichnen konnte, wenn das jus zu seiner Zeit aus den Schriften von fünf Juristen bestand. Nachdem er ferner

13) Daß das Wort hier dieselbe für jene Zeit technische Bedeutung hat, wie §. 12. (duobus istis codicibus .... uno constitutionum, altero *juris* enucleati) bedarf bei dem Gegensatz, in welchem es auch hier steht, keiner Bemerkung.

Digitized by Google

Tribonian mit diesem Werk beauftragt hat (§. 3.), so befiehlt er ins specielle eingehend, die Schriften der Juristen, denen die Principes Autorität verliehen hätten, zu excerpiren. Da es aber auch juristische Schriftsteller gebe, welche diese Autorität nicht hätten: quorum scripturae nullis auctoribus receptae, so sollten diese ja unbenutzt gelassen werden. Hier ist nun offenbar der hier besprochene Inhalt unseres Gesetzes, sogar mit Anschließung an die Art der Bezeichnung der nicht gültigen Juristen, angegeben, zur Bestätigung der richtigen Ansicht, und ohne eine Ahnung davon, daß noch viel mehr Schriftsteller benutzt werden sollten, als nach der gewöhnlichen Meinung die gesetzliche Autorität gehabt hätten. Im §. 5. und 6. endlich werden die wirklichen Beschränkungen der Autorität, die unser Gesetz enthält, nämlich der Vorzug Papinians, das Uebergewicht der Majorität, und die Ungültigkeit der Noten zu Papinian ausdrücklich aufgehoben, zum Beweis, daß die unendlich bedeutendere Beschränkung, welche die gewöhnliche Meinung dem Gesetz unterlegt, wenn dieses sie wirklich enthalten hätte, nicht unerwähnt geblieben wäre.

Nachtrag zu vorstehender Abhandlung,

von Blume.

Nachdem Puchta's Gründe mich genöthigt haben, meine bisherige Ansicht von dem s. g. Citirgesetze aufzugeben, glaube ich es auch der Sache selbst schuldig zu sein, gleich dreier Gegengründe mit zu gedenken, welche teils noch einer Widerlegung bedürfen könten, teils aber

Digitized by Google

mir wirklich nicht ganz widerlegbar scheinen, so lange nicht auch Puchta's Ansicht noch einer Modification unterworfen wird.

Zu den widerlegbaren Gegengründen rechne ich zwei: das Zeugnis des Abendlandes und das Verfahren von Justinian's Compilatoren.

1) Daß sich die abendländischen Römer seit dem Citirgesez wirklich auf die alleinige Benuzung jener fünf zunächst genanten Juristen beschränkt haben, wird durch so viele Umstände bestätiget, daß wir unmöglich daran zweifeln können. Ueberdies aber sagt die westgothische Interpretatio zum Citirgesez ausdrüklich: "Scaeuola, Sabinus, Julianus atque Marcellus in suis corporibus non inueniuntur, sed in praefatorum corpore tenentur inserti"; und indem sie gleich darauf rühmt, daß alle mit Autorität versehene Juristen bei der westgothischen Compilation benuzt seien [1]), mag sie das Ignoriren von zwei dennoch nicht benuzten Juristen, d. h. von Ulpianus und Modestinus, für verzeihlich gehalten haben: wären dreissig und mehr noch brauchbare Juristen unbenuzt geblieben, so hätte sie gewiß nicht gewagt, von omnes zu reden.

Allein die irrige Ansicht der Abendländer über das Citirgesez kan allerdings auch sehr leicht durch ein praktisches Bedürfnis veranlaßt worden sein; grade so wie sich später im Orient die irrige Meinung durch die Praktiker festsezte: die Basiliken seien in der Absicht publizirt worden, um Justinian's Samlungen ausser Kraft zu sezen [2]). Je mehr nämlich die geistigen Kräfte und die literarischen Hülfmittel der abendländischen Juristen dahin schwanden,

1) sed ex his omnibus iuris consultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano, Gaio, Papiniano et Paulo, quae necessaria causis praesentium temporum uidebantur, elegimus.

2) Biener Geschichte der Novellen S. 145-157.

Digitized by Google

um so weniger konten sie sich noch auf Untersuchungen über die Identität eines älteren Juristen und über die Aechtheit seiner Werke einlassen; die bedingt zugestandene Autorität mußte in ihren Augen sehr bald zu einer unbedingt versagten Autorität werden.

2) Dagegen scheint man im oströmischen Reiche das Citirgesez anders verstanden zu haben, indem Julianus, Marcianus, Marcellus selbst von den Kaisern noch als juristische Notabilitäten behandelt werden [3]). Aber daraus folgt dennoch nicht, daß auch Justinian sich in allen Stücken genau an das Citirgesez gehalten, und keine andere Erweiterung desselben vorgenommen habe, als die ausdrükliche Anerkennung der Noten des Ulpian, Paulus und Marcianus zu Papinian's Schriften. Denn seine Compilatoren haben ja auch Bruchstücke von einigen Juristen, die nach Modestinus gelebt haben, von Hermogenian, Aurelius Charisius und Julius Aquila in die Pandekten aufgenommen, obwohl die Autorität dieser Männer durch das Citirgesez gänzlich vernichtet worden war. Indessen bleibt uns hier noch die Erklärung, daß Justinian sehr wohl zu Gunsten weniger neuerer Juristen eine Ausnahme stillschweigend bewilligen konte, welche, wenn sie allen älteren, zum Teil längst verschollenen Juristen gewährt wurde, eine höchst auffallende, kaum mit Stillschweigen zu übergehende Maasregel gewesen wäre.

Nicht so leicht ist aber über den dritten Gegengrund hinauszukommen. Wir sollen jezt annehmen, daß das Citirgesez sich genau an die Sitte des Autorisirens angeschlossen und nichts weiter bezwekt habe, als eine feste Grenze für die neueren, und ein sicheres Kriterium für die älteren Autoritäten. Allein dann müssen wir auch

3) s. oben S. 152. 153.

Digitized by Google

annehmen, daß das Autorisiren der Juristen wirklich gerade bis auf Modestinus üblich gewesen sei. Denn hätte diese Sitte noch nach ihm bestanden, so müßten Theodos und Valentinian durch den stillschweigenden Widerruf aller später erteilten Autoritäten auch derselben Unverständigkeit verdächtig werden, welche Justinian im Fall einer stillschweigenden Herstellung der älteren Autoritäten zur Last gefallen wäre, und welche eben deshalb auch vorhin für unwahrscheinlich erklärt worden ist. Hätte sie aber nicht bis auf Modestinus bestanden, so würde in dem Citirgesez auch keine bloße Bestätigung, sondern zugleich und mehr noch eine Ergänzung jener früheren Sitte enthalten sein.

Dieses Lezte halte ich nun allerdings für das richtige. Das Autorisiren der Juristen war schon durch Hadrian einmal ausser Gebrauch gekommen, wie uns Pomponius ausdrüklich berichtet [4]; zur Zeit des Gajus geschah es wieder, uud deshalb mag er selber wirklich erst lange nach seinem Tode den autorisirten Juristen gleich gesezt worden sein. Allein Papinian und Ulpian standen so hoch im Staate, daß sie für sich selber keiner Autorisation mehr bedurften, und doch werden sie auch anderen Juristen nicht gern eine Autorität eingeräumt haben, welche diese gewissermaassen zu ihres Gleichen gemacht hätte. In dieser Zeit also, glaube ich, kam das Autorisiren ganz ausser Gebrauch, und damit brach nun bald darauf eine allgemeine Unsicherheit über das Ansehen juristischer Werke herein. Constantin hatte etwas gethan, um derselben abzuhelfen, indem er die Noten zum Papinian verwarf, die receptae sententiae des Paulus aber bestätigte [5]; Theodos und Valentinian

4) fr. 2. §. ult. de O. J. (1, 2.)
5) const. 1. 2. Theod. de resp. prud., nach den Ergänzungen von Clossius.

Digitized by Google

gingen weiter, und sezten die Anerkennung von Seiten der bedeutendsten und beleseństen späteren Juristen an die Stelle einer oft zweifelhaft gewordenen kaiserlichen Autorisation — gewiß in der Ueberzeugung, daß man in der Regel von jener auf diese schliessen könne.

Nehmen wir das Citirgesez in diesem Sinne, so erhält auch der in demselben gebrauchte Ausdruk: firmamus, erst seine rechte Bedeutung: es soll allen fünf Juristen (keineswegs dem Gajus allein) etwas gegeben werden, was sie bis dahin doch noch nicht ganz unbestritten besessen hatten. Auch die von Justinian gewählte Bezeichnung: "antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt" [6]) steht uns nicht entgegen; denn teils darf sie nicht buchstäblich genommen werden, da die Compilatoren auch einige Juristen aus der Zeit nach Modestinus nicht ausgeschlossen haben; teils muß das auctoritatem praebere auch nach Puchta's Meinung beim Gajus und bei den Noten zum Papinian von einer Anerkennung nach dem Tode verstanden werden. Es leidet daher gar kein Bedenken, daß wir auch die mittelbare Anerkennung, welche Theodos und Valentinian allen von jenen fünf Juristen citirten Schriftstellern zu Teil werden liessen, mit in die Bedeutung des auctoritatem praebere hinein ziehen dürfen.

6) Const. Deo auctore §. 4.

Digitized by Google

VII.

Ueber das pactum reservati dominii.

Von Herrn Dr. Duncker.

(Beschluß des im ersten Hefte N. IV. abgebrochenen Aufsatzes.)

Wenige Tage nach dem Abdrucke meines Aufsatzes wurde ich mit der eben erst herausgekommenen Abhandlung des Herrn Geheimen Canzlei-Secretairs von Geyso *) über denselben Gegenstand bekannt. Mit vieler Freude habe ich gefunden, daß das in dieser Abhandlung gewonnene Resultat nicht nur in dem Hauptpunkte, nämlich darin mit meiner Ansicht übereinstimmt, daß der Vorbehalt des Eigenthums dessen Uebergang auf den Käufer, bis er seine Verbindlichkeiten erfüllt hat, aufhält, sondern daß unsere Ansichten auch in vielen Nebenpunkten zusammentreffen. Die abweichende Entscheidung eines Falles aber veranlaßt, dessen Wichtigkeit wegen, eine genauere Prüfung.

von Geyso sagt S. 173: "Das pactum reservati dominii ist keine dem Kaufcontract hinzugefügte Suspensiv-Bedingung; der Kauf ist pure eingegangen, in dem gleichfalls unbedingten Nebenvertrage ist nur gesagt,

*) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß von Linde ꝛc. B. 5. H. 2. N. XI.

Digitized by Google

gegen Entrichtung des Kaufgeldes solle das Eigenthum übergehen." Ferner S. 174: "Die Sache auf den Grund des Vertrages von dem Käufer zurück zu fordern, konnte er (der Verkäufer) nur vermöge des Beweises berechtigt sein, daß auf den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises zu einer bestimmten Zeit Auflösung des Contracts bedungen, d. h. daß die lex commissoria hinzugefügt worden sei, welche wie oben gezeigt ist, in dem pactum reservati dominii keineswegs enthalten ist. Dem Verkäufer, der aus dem pactum reservati dominii ein Recht auf Herausgabe der Sache herleiten wollte, könnte der Käufer mit Recht opponiren, daß er ihm die Sache nicht fortnehmen dürfe, da er selbst verpflichtet sei, dafür zu sorgen, ut habere rem ei liceat und ihm, dem Käufer, nach dem hinzugefügten pactum reservati dominii nur das Eigenthum nicht gebühre."

Zuerst ist es falsch, daß der Nebenvertrag des Vorbehalts unbedingt sey. In den Worten: gegen Entrichtung des Kaufgeldes soll das Eigenthum übergehen, oder: das Eigenthum wird bis zur Bezahlung des Preises vorbehalten, liegt zwar der Form nach keine Bedingung, allein sie liegt in dem Geiste der Verabredung, die nur den Sinn haben kann: es soll das Eigenthum übergehen, wenn der Preis bezahlt sein wird. Soll das Eigenthum nicht übergehen durch eine Tradition, welche unter sonst gleichen Voraussetzungen dasselbe überträgt, so kann diese Wirkung möglicher Weise nur durch eine Bedingung herbeigeführt werden.

Ferner ist es falsch, die Rechte der Contrahenten zu beurtheilen bloß nach dem abgeschlossenen Kaufe, ohne Rücksicht auf die Bedeutung des auf den Kauf sich beziehenden Vorbehalts des Eigenthums. Wer eine Sache verkauft und übergeben hat, kann, wenn er dieselbe zurückfordert, mit der exceptio rei venditae et traditae freilich

Digitized by Google

zurückgewiesen werden; hat er sich aber das Eigenthum bis zur Bezahlung des Preises vorbehalten, so steht ihm gegen die Einrede des säumigen Käufers eine doli replicatio zu, des Inhalts: berufst du dich auf einen Kauf, so erfülle auch deine Verbindlichkeiten als Käufer. Die Wirkungen des vorbehaltenen Eigenthums sind dessen ungeachtet von einer lex commissoria noch immer sehr verschieden. Bei dieser fällt das Eigenthum ipso jure auf den Verkäufer zurück, bei jenem wird die Vindication des Verkäufers abgewendet, wenn der Käufer nun noch seinen Verbindlichkeiten genügen will. v. Geyso scheint eine Auflösung des Vertrags nur in Folge eines pactum commissorium möglich zu halten; daher leugnet er das Vindicationsrecht des Verkäufers, weil durch dessen Ausübung der Kauf aufgehoben werde, was auf ein pactum commissorium hindeute, welches aber im pactum reservati dominii nicht liege. Den Grund gebe ich gern zu, aber nicht die Folgerung. Die Auflösung des Kaufes nämlich, welche durch die Vindication des Verkäufers herbeigeführt wird, geschieht mit dem Willen beider Contrahenten. Der Verkäufer vindicirt wegen seines vorbehaltenen Eigenthums und gibt dadurch, daß er die venditi actio, auf Erfüllung, nicht anstellt, zu erkennen, daß er von dem Vertrage abtreten will, und der Käufer erklärt sich hiermit einverstanden, wenn er die Sache herausgibt, wozu er verbunden ist, wenn er den Preis nicht zahlt.

Nach der Ansicht v. Geyso's ist das vorbehaltene Eigenthum ohne alle practische Wirkung, mindestens ist ihm die von den Partheien beabsichtigte Wirkung, Sicherstellung des Verkäufers, ganz fremd. Der Verkäufer ist nach dieser Ansicht freilich Eigenthümer, er kann aber nicht vindiciren. Daraus folgt nun:

1) Ist der Käufer solvent, so hat er nur die venditi actio, diese hat er aber auch ohne den Vorbehalt.

Digitized by Google

2) Der Käufer ist im Concurse. "Der Verkäufer," sagt von Geyso S. 175, "welcher sich das Eigenthum an der verkauften Sache vorbehielt, hat gegen die Concursmasse (?) die Forderung auf Entrichtung des Kaufpreises. In dieser Hinsicht hat derselbe nicht mehr Rechte, als alle übrigen chirographarischen Gläubiger." Ferner S. 176. "Das pactum reservati dominii gibt kein Recht in diesem Falle, Auflösung des Kaufes zu verlangen; die Verpflichtungen daraus bestehen für beide Theile fort, aber daneben behält der Verkäufer sein Eigenthum mit den oben angezeigten Wirkungen. Die einzige Modification, welche der Ausbruch des Concurses veranlaßt, ist die, daß den Gläubigern die Rechte aus dem Kaufcontracte zustehen und daß der Verkäufer sich mit seiner Forderung an die Concursmasse halten muß."

Der Ausdruck: Forderung an die Concursmasse ist hier nicht in dem gewöhnlichen Sinne genommen für: Forderung an die Masse als verpflichtetes Subject, so daß diese Schuld vor jeder andern getilgt werden müßte, sondern bloß im Gegensatz des Vindicationsrechts der unter Vorbehalt des Eigenthums verkauften Sache. Oder mit andern Worten, wie auch von Geyso selbst sagt: der Verkäufer hat nicht mehr Rechte als alle übrigen chirographarischen Gläubiger. Der Verkäufer hat doch aber, wenn er in der fünften Classe leer ausgeht, den Trost Eigenthümer zu seyn!

"Wäre der Verkäufer wieder in den Besitz der Sache gekommen," sagt v. Geyso S. 174. "und der Käufer forderte deren Zurückgabe kraft des Kaufcontracts, so würde es darauf ankommen, ob sich der Verkäufer in der Lage befände, das Retentionsrecht an der Sache zu üben. Ist das creditirte Kaufgeld noch nicht fällig, so kann der Verkäufer noch keine Forderung gegen den Käufer geltend machen, daher auch das Retentionsrecht nicht ausüben.

Digitized by Google

Ist das Kaufgeld aber fällig, so kann der Verkäufer, wegen der ihm gebührenden conneren Forderung, deshalb offenbar das Retentionsrecht geltend machen."

Gegen die Richtigkeit dieser Sätze läßt sich nichts einwenden. Lassen wir nun aber, ungeachtet der Zahlungstermin verstrichen und eine Aufforderung an den Käufer, den Preis zu zahlen, ohne Erfolg geblieben ist, den Kaufcontract fortbestehen, so ist die ganz einfache Folge die, daß der Verkäufer die Sache aufheben muß, bis es dem Käufer gefällig ist, den Preis zu zahlen. Der Verkäufer nämlich ist verbunden, die Sache zu tradiren, wenn ihm der Preis bezahlt wird; und diese Verbindlichkeit bleibt bestehen, so lange als die emti actio des Käufers durch Verjährung noch nicht erloschen ist. Diesen Schluß macht auch v. Geyso S. 169, indem er dem Käufer gestattet, noch nachher das Eigenthum durch Erfüllung seiner Vertragsverbindlichkeiten zu erwerben, wenn der Verkäufer wieder in den Besitz der Sache gekommen ist. Dieses "nachher" umfaßt die ganze Verjährungsfrist. Bei solchen Folgerungen aus dem vorbehaltenen Eigenthum unterschreibe ich mit voller Ueberzeugung die Aeußerung von Geyso's auf Seite 176. 177: "Nach der hier entwickelten Theorie wird freilich in manchen Fällen durch das pactum reservati dominii nicht sonderlich für die Sicherheit des Verkäufers gesorgt." Nur möchte ich noch statt "in manchen Fällen" sagen: in allen Fällen. v. Geyso meint indeß, es dürfe uns dieses gegen die angegebene Theorie nicht mißtrauisch machen, da das pactum reservati dominii in den Quellen nirgends als ein vorzügliches Sicherungsmittel empfohlen werde, während so viele (?) andere Wege angegeben würden, auf welchen sich der Verkäufer die erforderliche Sicherheit genügend verschaffen könne. — Daß bei dem Schweigen unserer gemeinrechtlichen Quellen die Praxis den Vorbehalt des

Digitized by Google

Eigenthums hervorrief, ist vielmehr der unzweideutigste Beweis von der Unzulänglichkeit der wenigen Sicherungsmittel, deren unsere Quellen ausdrücklich erwähnen.

Das pact. res. dom. aus dem Standpunkte des deutschen Privatrechts betrachtet.

In dem Vorhergehenden sind die Wirkungen des vorbehaltenen Eigenthums nur mit Rücksicht auf das Römische Recht angegeben worden; es bleibt nun noch zu erörtern übrig, in wie weit diese Grundsätze durch das gemeine deutsche Recht, oder durch einzelne Partikularrechte abgeändert worden sind [1]).

§. 25.

1. Der Vorbehalt des Eigenthums an beweglichen Sachen.

Rücksichtlich des Erwerbs und der Vindication beweglicher Sachen gilt jetzt gemeinrechtlich das Römische Recht [2]). Der Vorbehalt des Eigenthums hat daher bei fahrender Habe, (wiewohl er, seinem Zwecke nach, hierbei eben so selten ist, als eine Hypothek,) die im Vorhergehenden angegebenen Wirkungen, namentlich gilt dieses auch von der Vindication gegen jeden weitern Erwerber der Sache [3]). Diese Regel leidet partikularrechtlich zwei Ausnahmen:

---

1) Die Berücksichtigung der Partikularrechte ist nur in so fern für nöthig gehalten, als durch einzelne Beispiele die Regel zu erläutern und deren Ausnahmen bemerklich zu machen waren.

2) Mittermaier Grundsätze §. 138. a. Eichhorn Einleitung §. 173. Eine bekannte Ausnahme macht die in der Praxis entstandene Beschränkung der Vindication von Urkunden au porteur gegen den Besitzer in guten Glauben: Bender der Verkehr mit Staatspapieren 2te Aufl. §. 67. Schumm die Amortisation von Schuldurkunden ꝛc. §. 12.

3) v. Kamptz Mecklenb. Civilrecht §. 79. Curtius Sächsisches Civilrecht Th. 2. §. 1065.

Digitized by Google

1) An den Orten [4]), wo als Folge des ältern Vindicationsverfahrens der Satz gilt: Hand wahre Hand, kann das vorbehaltene Eigenthum eine Vindication gegen den weitern Erwerber nicht hervorbringen. Nach der Deutung, die man diesem Satze jetzt gibt, kann der Eigenthümer, welcher eine bewegliche Sache aus seiner Gewere (Detention) gibt, z. B. commodirt, vermiethet, ohne Credit verkauft ꝛc., diese nur von seinem Contrahenten, nicht auch von dem zurückfordern, welcher sie von diesem bona fide erhalten hat. Gegen den ersten Contrahenten selbst, so wie gegen dessen Gläubiger, wenn er in Concurs gerieth, kann das Eigenthum aber ohne Zweifel geltend gemacht werden [5]).

2) Die neuern Gesetzgebungen beschränken in mehrfacher Hinsicht die Vindication beweglicher Sachen.

Preußisches Landrecht Th. 1. Tit. 15. §. 42. Sachen die von dem fisco, oder bei öffentlichen Versteigerungen erkauft worden, sind keiner Vindication unterworfen.

§. 43. Ein Gleiches gilt von Sachen, die in den Läden solcher Kaufleute, welche die Gilde gewonnen haben, erkauft werden.

§. 44. Wer außerdem eine Sache auf Messen und Märkten, oder sonst von Leuten, welche Sachen dieser Art unter obrigkeitlicher Erlaubniß öffentlich feil haben, erkauft hat, dem kommen, wegen der nur gegen Ersatz zu leistenden Rückgabe die Rechte eines redlichen Besitzers zu. Vergl. §. 24. 25. 26.

Oesterreichisches Gesetzbuch §. 367. Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer be-

4) Lübisch. Statut 3. Tit. 3. Art. 2. Hamb. Stat. 2. Tit. 2. Art. 7. Rostock. Stadtrecht 3. Tit. 2. §. 2-4.

5) Eichhorn Einleitung §. 172. Note 9. der dritten Ausgabe.

Digitized by Google

weglichen Sache nicht Statt, wenn er beweiset, daß er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkaufe befugten Gewerbsmann, oder gegen Entgeld von Jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauch, zur Verwahrung, oder in was immer für einer andern Absicht anvertraut hatte. In diesen Fällen wird von dem redlichen Besitzer das Eigenthum erworben, und dem vorigen Eigenthümer steht gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu.

Hiernach ergibt sich von selbst, in wie weit ein vorbehaltenes Eigenthum gegen den dritten Besitzer der Sache geltend gemacht werden kann.

§. 26.

2. Vorbehalt des Eigenthums an unbeweglichen Sachen.

Aelteres Recht.

Zur Erwerbung des Eigenthums an unbeweglichen Sachen mit allen Wirknngen war die Tradition nach den Grundsätzen des deutschen Rechts nicht wesentlich, sondern nur die im Gericht abgegebene Erklärung nothwendig, Eigenthum auf eine bestimmte Person übertragen zu wollen (gerichtliche Auflassung) [6]. Es ist daher anzugeben, welche Gestalt der Vorbehalt des Eigenthums unter der Einwirkung des deutschen Rechts angenommen hat.

Wie in dem ersten Theile dieser Abhandlung, so wird auch hier nur von dem Vorbehalte des Eigenthums beim Kaufe die Rede sein.

Nach den älteren Rechtsquellen scheint der Preis jedesmal gleich beim Abschlusse des Kaufes baar bezahlt worden zu sein;

6) Eichhorn Einleitung §. 174. 175.

Digitized by Google

Lex Ripuariorum tit. 59. de venditionibus §. 1.

Si quis alteri aliquid vendiderit et emtor testamentum (Zeugniß) emtionis accipere voluerit, in mallo (Volksgericht) hoc facere debet et *pretium in praesente tradat* et rem accipiat, et testamentum publice conscribatur.

Lex Bajuvariorum tit. 15. de venditionibus cap. 2. §. 1.

Si quis vendiderit possessionem suam alicui, terram cultam, non cultam, prata vel silvas, *post acceptum pretium*, aut per chartam, aut per testes comprobatur firma emtio.

In allen Formularen von Kaufbriefen bei Marculf [7]) und Andern [8]) findet sich zugleich die Empfangsbescheinigung des Kaufpreises. Vergebens sucht man dagegen nach einer Unterweisung, wie der Kaufpreis mit Sicherheit creditirt werden könne. Aus diesem Stillschweigen scheint mindestens doch so viel hervorzugehen, daß nur selten Credit mag verwilligt worden sein. Es ist letzteres um so natürlicher, je geringer der Personalcredit deshalb sein mußte, weil der Erbe nur aus der fahrenden Habe die Schulden des Erblassers zu bezahlen brauchte [9]) und je unbekannter die Institute dem ältern Recht sind, welche dem Verkäufer die gewünschte Sicherheit geben können. Dem ältern deutschen Rechte ist eine Verpfändung ohne Uebertragung des Besitzes fremd [10]). Dem creditirenden

7) *Marculfi* monachi aliorumque auctorum formulae veteres editae ab *H. Bignonio*. Par. 1665. lib. II. form. 19. 20. 21.

8) Formulae veteres incerti auctoris, bei *Bignon* pag. 129. 176. 177. 179. 207. 213. 218.

9) Wenigstens ist dieses die Regel des Sachsenspiegels B. 1. Art. 6. während freilich nach *lex Ripuar.* tit. 67. auch eine strengere Haftung des Erben unter Umständen Statt fand.

10) Eichhorn Staats- u. Rechtsgeschichte §. 361. a. Wenn auch schon vor der allgemeinen Verbreitung des Römischen Rechts eine Verpfändung ohne Besitz auf Seiten des Gläubigers vorkommt,

Digitized by Google

Verkäufer hätte daher nur durch Faustpfänder Sicherheit geleistet werden können. Dieses hätten immer bewegliche Sachen von Werth sein müssen; denn wer ein Grundstück kauft, wird eben so wenig dieses selbst dem Verkäufer als Sicherheit lassen, denn der Käufer will ja das Grundstück benutzen, noch auch wird er andere Grundstücke dem Verkäufer als Faustpfand einräumen. Wer aber bewegliche Sachen als Pfand dem Verkäufer hingeben könnte, wird es in den meisten Fällen vorziehen, durch den aus ihrem Verkauf gelöseten Preis den Verkäufer des Grundstücks zu befriedigen. Es mag daher nur sehr selten eine Verpfändung bei dem Kaufe vorgekommen sein.

Da das ältere Recht nicht einmal ein Pfand ohne Besitz des Gläubigers kannte, so ist es leicht begreiflich, daß ein vorbehaltenes Eigenthum noch viel weniger vorkam. Die im Gericht abgegebene Erklärung des Verkäufers, daß er ein bestimmtes Grundstück in Folge eines Verkaufes zu Eigenthum auflasse, noch verbunden mit den früher üblichen symbolischen Traditionen, daneben aber die Beschränkung, daß er bis zur Bezahlung des creditirten Preises Eigenthümer bleiben (nach der damaligen Sprache, die Gewere behalten) wolle, mögen die schlichten Schöffen der frühern Zeit, die nicht anders wußten, als daß durch die gerichtliche Auflassung die Gewere (juristische Gewere, das Recht eine dingliche Klage anzustellen,) auf den Empfänger übergehe [11]), die aber durch den Vorbehalt bei

---

(Albrecht Gewere S. 147 ff.) so gibt es auf der andern Seite doch auch Beispiele, daß man den Grundsätzen des ältern Rechts noch sehr lange treu geblieben ist. Z. B. das Jülich-Bergsche Landrecht von 1555. Cap. 101. kennt noch keine Hypotheken. Vergl. Maurenbrecher die Rheinpreuß. Landrechte Th. 1. S. 285.

11) Albrecht Gewere S. 69. ff. Eine zweifache Gewer zu Eigen ist den frühern Juristen mindestens eben so unmöglich, als den heutigen ein dominium plurium in solidum.

Digitized by Google

dem Verkäufer bleiben solle, leicht für ein juristisches Unding gehalten haben.

Es wird freilich des Creditirens des Kaufpreises erwähnt [12]) und in dem Langobardischen Volksrecht [13]) von der Sicherheit gesprochen, die sich der Verkäufer durch Bürgen geben lassen könne. Diese Sicherheit war indeß nicht groß, da die Bürgschaft mit dem Tode des Bürgen eben sowohl erloschen zu sein scheint [14]), als dadurch, daß der Gläubiger mit Uebergehung des Bürgen den Hauptschuldner zuerst angreift [15]). Einige Sicherheit konnte der Verkäufer sich dadurch verschaffen, daß er das Grundstück bloß außergerichtlich tradirte und die Auflassung bis zur Bezahlung des Preises hinaussetzte. Da nämlich, der außergerichtlichen Tradition ungeachtet, der Verkäufer die juristische Gewere behielt, so konnte er das Grundstück seinem Käufer immer wieder abfordern [16]).

Allein wenn der Käufer das ihm außergerichtlich übergebene Grundstück einem Dritten gerichtlich auflieβ, welcher dasselbe ohne Widerspruch des ersten Verkäufers Jahr und Tag besessen hatte, so wurde dieser durch die rechte Gewere des Besitzers von jedem Anspruch auf das Grundstück selbst ausgeschlossen [17]).

Ein anderer Weg sich zu sichern stand dem Verkäufer noch dadurch offen, daß er auf das verkaufte Grundstück unter der beim Rentenkauf üblichen Form einen Zins

12) *Lex Wisigothor.* lib. 5. tit. 4. §. 5.
13) *Rachis* leges cap. 4.
14) *Lex Burgund.* tit. 82. de fidejussoribus.
15) *Capitular.* lib. 7. cap. 334.
16) Gl. z. Sächs. Weichbild Art. 20. Albrecht a. a. O. S. 73. ff. besonders S. 105. Note 219. In der frühern Zeit mag man das Verhältniß als Pacht angesehen haben. Indeß schon die Glosse zum Sächsischen Weichbilde führt mit Beziehung auf das Römische Recht aus, daß der Käufer, dem auch nur außergerichtlich die Sache übergeben ist, die Gefahr derselben tragen müsse.
17) Albrecht a. a. O. S. 96. ff.

Digitized by Google

constituirte. Durch diese Rente hätten dann auch sehr zweckmäßig die Zinsen des creditirten Kaufpreises abgetragen werden können. Die Sicherheit des Gläubigers lag in der Gewere, die er am Zins hatte, indem sie ihm das Recht gab, den säumigen Zinsmann zu pfänden, insonderheit aber denselben von der Sache zu treiben, auf welcher der Zins haftete und dieselbe zu seiner Befriedigung zu veräußern [18]). Eine große Unannehmlichkeit für den Verkäufer des Grundstücks lag aber darin, daß er den creditirten Kaufpreis, welcher sich nun als Capital herausstellte, mit welchem die Rente gekauft war, nicht kündigen konnte, also kein Zwangsmittel gegen den Käufer des Grundstücks hatte, so lange dieser die Rente richtig abtrug. Ferner gewährte die Rente gegen dritte Personen keine volle Sicherheit. Durch das Schöffenurtheil bei Böhme [19]) hat man sich wohl täuschen lassen und die Behauptung aufgestellt, der Zinsgläubiger habe auch gegen den Dritten klagen können, weil dessen auctor keine vollständigere Gewere auf ihn habe übertragen können, als er selbst an dem Grundstück gehabt habe [20]). Da aber der, welcher ein Grundstück Jahr und Tag nach vorgängiger gerichtlichen Auflassung besessen hatte, durch seine rechte Gewere selbst den Eigenthümer ausschloß, so muß es allerdings sehr auffallend sein, daß nach den Worten der abgedruckten Stelle die rechte Gewere gegen

18) Albrecht a. a. O. §. 13.

19) Diplomat. Beiträge Th. 6. S. 114. Verkauft ein man dem andern ein erbe und vorreicht im das vor gehegter bank und vorswiget des jerlichen zinses, der uf demselben erbe hat gestanden und noch stet, so soll der man sinen zins behalten, als her den in gewesen habe und ap der kaufman spricht, man habe im kaufe des zinses nicht benumet, und er habe auch besessin jar und tag, das hilft ihm alles nicht, sundern er sall den man ansprechen, der ihm das erbe verkaufte.

20) Phillips Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts Th. 1. S. 286.

Digitized by Google

die Ansprüche des Zinsgläubigers nicht schützen soll. Ueber die Interpretation dieser Stelle vgl. Albrecht S. 104.

§. 27.

Heutiges Recht.

Je erwünschter es in den meisten Fällen beiden Contrahenten ist, daß nicht der ganze Kaufpreis auf der Stelle bezahlt wird, indem es dem Käufer vielleicht unmöglich ist, die ganze Summe aufzubringen, der Verkäufer aber, der den Preis verzinslich anlegen will, der Mühe überhoben ist, den bei dem Käufer zurückbleibenden Theil, bei einem Andern auszuthun — desto willkommener war den deutschen Juristen ein Römisches Institut, welches durch die Sicherheit, die es dem Verkäufer im höhern Maße gewährte, als die vorhin erwähnten Institute des einheimischen Rechts, den Kaufhandel auf Credit erleichterte. Allein die Mängel des Römischen Hypothekenwesens, namentlich die durch die privilegirten Hypotheken und die endlosen Controversen über Priorität entstehende Unsicherheit, erweckten natürlich den Wunsch, diesem Uebelstande auf irgend eine Weise abzuhelfen. So entstand durch das Bedürfniß der Praxis das vorbehaltene Eigenthum, nachdem an die frühern Grundsätze über Gewere die scharfen Begriffe des Römischen Rechts von Besitz und Eigenthum getreten waren. Wie wenig aber ein großer Theil der Juristen das Bedürfniß der Praxis von jeher verstanden hat, indem er die Wirkungen des vorbehaltenen Eigenthums nach ganz willkührlichen Ideen festsetzte, davon haben wir im ersten Theile Beispiele genug gehabt.

Es ist zunächst die Frage zu untersuchen, ob der Vorbehalt des Eigenthums mit der gerichtlichen Auflassung verbunden werden kann. Schilter [21]) hält diese Ver-

21) exercitt. ad Paud. 30. §. 76. 77.

Digitized by Google

bindung für unmöglich; weil nämlich die gerichtliche Auflassung die Erklärung enthalte, das Eigenthum übertragen zu wollen, so stehe dessen Vorbehalt damit geradezu im Widerspruch. Wenn daher der Verkäufer bis zur Zahlung des Preises sich das Eigenthum vorbehalten wolle, so müsse bis dahin die gerichtliche Auflassung verschoben werden. Wolle aber der Verkäufer die gerichtliche Auflassung vornehmen, so könne er sich durch das hinzugefügte pactum commissorium sicher stellen, wodurch er gleichfalls das Recht erhalte, die verkaufte Sache zu vindiciren, wenn der Käufer die übernommenen Verbindlichkeiten nicht erfülle. Bauer [22]) hält die ausdrückliche Reservation des Eigenthums für gültig und behauptet nur, der Satz des römischen Rechts, daß der Tradition ungeachtet das Eigenthum nicht übergehe, wenn nicht der Preis bezahlt, oder Credit gegeben sei, könne neben der gerichtlichen Auflassung keine Anwendung mehr finden, weil sie die Vermuthung begründe, daß Credit gegeben sei [23]).

Die Behauptung Schilter's rechtfertigt sich indeß aus der Natur der gerichtlichen Auflassung keineswegs. Die römische Tradition zum Eigenthume enthält zwei Bestandtheile:

1) Die Uebergabe der Sache selbst und
2) die justa causa d. h. die erklärte Absicht, Eigenthum übertragen zu wollen [24]).

Die letztere hat durch die gerichtliche Auflassung eine andere Form bekommen, indem es nothwendig wird, die Absicht, Eigenthum übertragen zu wollen, vor Gericht auszusprechen. Hierdurch wird aber begreiflich das We-

22) opusc. acad. tom. I. pag. 280.
23) l. c. pag. 278.
24) Warnkönig im Archiv für die civ. Pr. B. 6. N. 4. S. 111 ff.

Digitized by Google

sen jener Erklärung nicht verändert. So wie nun der außergerichtlich erklärten Absicht, Eigenthum zu übertragen, der Vorbehalt nicht widerstrebt, so kann diese Unvereinbarkeit auch dann nicht entstehen, wenn die Erklärung im Gericht abgegeben wird.

Die Meinung Schilter's hat vielleicht Veranlassung gegeben zu der Verbreitung der oben [25]) erwähnten Ansicht, daß das pactum reservati dominii nur eine Hypothek begründe.

§. 28.

Ist zur Wirksamkeit des vorbehaltenen Eigenthums gegen Dritte dessen Eintragung in die Kauf- und Handels- oder Hypothekenbücher nothwendig?

Der Hauptzweck der gerichtlichen Uebertragung der Immobilien hat von jeher darin bestanden, dem Erwerber gegen die Ansprüche Dritter die vollkommenste Sicherheit zu gewähren, indem man jedem Berechtigten (z. B. dem nächsten Erben) Gelegenheit gab, seine Ansprüche geltend zu machen, ihn aber ausschloß, wenn er in einer bestimmten Zeit mit seinem Widerspruch gegen die Veräußerung nicht hervorgetreten war. Bis zu der allgemeineren Verbreitung des römischen Rechts wurde jener Zweck erreicht durch die rechte Gewere, welche, nach vorgängiger Auflassung, durch Besitz von Jahr und Tag, der Erwerber des Grundstücks erlangte. Die Rücksicht, welche daneben auch auf die Rechte dritter Personen genommen wurde, spricht sich in der Oeffentlichkeit der gerichtlichen Auflassung aus, welche in der frühern Zeit im Volksgericht (placitum legitimum, echte Ding,) vorgenommen wurde, in welchem alle freie Männer des Gaues erscheinen mußten [26]). In den Landgerichten er-

25) S. 69. Num. I. a)
26) Eichhorn Rechtsgeschichte §. 382.

Digitized by Google

schienen freilich später nur die Parteien bei der Auflassung, allein es wurde die beabsichtigte Veräußerung meist durch Ankündigung von der Kanzel u. s. w. zur allgemeinen Kenntniß gebracht. Hierdurch wurde der Dritte mit der Lage der Sache bekannt gemacht und in den Stand gesetzt, sein Widerspruchsrecht binnen gehöriger Zeit geltend zu machen. In der Folge hat man den Gesichtspunkt der Sicherheit, welche durch die gerichtliche Auflassung dem Erwerber gewährt werden sollte, ganz aufgegeben, indem durch das Römische Recht, die Hauptwirkung der gerichtlichen Auflassung, die rechte Gewere nach Besitz von Jahr und Tag, vernichtet wurde. Wenn ein Grundstück vom Nichteigenthümer gerichtlich aufgelassen wird, (was in den Ländern noch immer vorkommen kann, wo man noch nicht durch Einführung des neuern Hypothekenwesens für Sicherheit im Verkehr gesorgt hat), wird gegen die Ansprüche des Eigenthümers nur gesichert durch die Römische Usucapion. Es mußte dieses eine natürliche Folge davon sein, daß die früher übliche öffentliche Bekanntmachung der Auflassung späterhin unterblieb, weshalb der stillschweigende Verzicht, auf welchen man die Ausschließung derjenigen baute, die innerhalb Jahr und Tag ihr Widerspruchsrecht nicht geltend gemacht hatten, nicht weiter angenommen werden konnte. Nur in wenigen Städten kommt noch die Bekanntmachung der Auflassung und die Verbindlichkeit dritter Personen vor, binnen der alten Frist ihren Widerspruch anzubringen [27]). Der Hauptzweck, den man durch die Beibehaltung der gerichtlichen Auflassung, oder durch die hier und da an ihre Stelle

27) z. B. Lüb. Stadtr. B. 3. Tit. 6. Art. 3. Hamb. Stadtr. Th. 1. Tit. 30. Art. 3. Th. 2. Tit. 8. Art. 7. Lüneburg. Stadtr. Th. 2. Tit. 3. Eichhorn Einleitung §. 102. N. a. §. 177. Vergl. noch Wildenburgisches Landrecht v. 1607. Th. 2. Cap. 2. §. 2, bei Maurenbrecher Rheinpreuß. Landrechte Th. 2. S. 285.

Digitized by Google

getretene gerichtliche Confirmation erreichen wollte, (wenn man sich anders denselben klar gedacht hat) scheint die Rücksicht gewesen zu sein, die man auf Sicherstellung des Staates, oder der Gemeinheit, in Beziehung der zu leistenden Gefälle nahm [28]).

---

28) Schon in der Glosse zum Sächsischen Landrecht B. 1. Art. 34. wird bei Aufzählung der einzelnen Vortheile der gerichtlichen Auflassung hierauf hingedeutet. Es nützt hiernach dieselbe "zum andern, daß man die Pfleg und Dienst, so man von dem gut leisten muß, forthin bei dem verkeuffer nicht mehr fordert." Am deutlichsten spricht dieses aber folgende Stelle aus Tengler's Laienspiegel aus: "Als zu zeiten manigerley gevärlich endrung, Contract, übergab u. verschreibungen umb ligende güter understanden, dadurch nit alleyn der oberhand u. gemeyner Stat zins, gült, dienst, steur und in andern nachtheil zu gewarten, sondern auch etwo für eygen u. unverkümmert angezeygt werden, die gleichwohl darvor auch verpfendt, verschriben oder verbefft gewesen sein, solch gevärden u. ander betrug zufürkommen, wirt an etlichen enden weißlich geordnet, wer solche ligende stuck, oder güter, darauff die oberkeyt, oder Stat zinß, gült, dienst, steur, oder andern gerichtlichen zwang haben, verkauffen, verändern, übergeben, mit ewiger zinß, gült, leibgedingen, oder in ander weg beschwären will, so werden beyd teil für offen Radt oder in Gericht bescheiden ihren Contract mit lautern worten davor zu endecken." — — fol. 20. der Straßburger Ausgabe von 1532.

Die spätern Landesordnungen ꝛc. heben diesen Zweck meistens ausdrücklich hervor, z. B. Oberpfälz. Landes- und Policei-Ordn. von 1658. Tit. 14. "Weilen solches an ihnen selbsten billig, darzu in Rechten wol versehen, daß ein jedes Guet mit allen seinen darauff stehenden Beschwerden und Dienstbarkeiten auff denjenigen, der dasselbe an sich bringet wachs und falle und dann uns" (der Herrschaft) "hieran zur Erhaltung unser Mannschaft, auch Dienst u. Gerechtigkeiten nit wenig gelegen, zu denen es den Stätten, Flecken und Dörffern selbst fürträglicher, auch den Beamten zu Einbringung und Handhabung solcher Gefälle, Dienst und Gerechtsamen, vil bequemer ist. Als ordnen und befehlen wir, daß unsere Beampte allen unsern Unterthanen — gebieten, da sie fürterhin einig liegend Guet verändern — wurden, welches — mit Bewilligung unserer Beambten, Rath, oder Gericht beschehen — da uns in allweg, unser darauff habende Zins, Gült, Stewer, Reiß, Folg, Frohn und andern Dienstbarkeiten, inmaßen dieselbe, auf solchen und andern gleichmäßigen Gütern, hergebracht worden, sambt demjenigen, so einer jeden Statt, Dorff, oder Commun, allda die gelegen, selbsten darauff gebühren mag, allerdings reservirt und vorbehalten auch dieselb in den Kauff — nambaft gemacht und einverleibt, damit also unsern Underthanen, so wohl als uns selbsten an solchen allen nichts entzogen werde."

Digitized by Google

Seit dem 16ten Jahrhundert findet man in allen Landrechten, Reformationen, Statuten ꝛc. die Bestimmung, daß die wichtigsten Rechtsgeschäfte, namentlich die über Veräußerung von Grundstücken in die Gerichtsbücher (Kauf- und Handelsbücher) eingetragen werden sollen [29]). Der vornehmliche Zweck dieser Verzeichnung scheint, neben der Rücksicht auf das Interesse des Staats, der gewesen zu sein, über das ganze Verhältniß eine öffentliche Ur-

---

Gerlach's Statuten der Stadt Freyberg von 1676. Cap. 13. §. 9. "Ein jeglicher, welcher Haus und Güter unter des Raths Jurisdiction an sich erhandelt — soll sobald nach geschlossenen Kauf — sich neben seinem Verkäufer — bei des Raths-Cammer anmelden, allda, wie auch bei der Steuer- u. Retardaten-Einnahme, sowohl Hospital, Geistlichen und Armenkassen ingleichen Musteramt und Contributionscasse deren aufgelaufenen Reste halber gebührende befriedigen, oder Gewißheit treffen. Hierauf das erlangte Stück Gut in denen vorhandenen Büchern, zu Verhütung allerhand Confusion, auf seinen Namen verschreiben lassen, und die gewöhnlichen Zettel darüber jedes Orts auswürken, auch dieselben ohne einigen fernern Verzug in die Stadtgerichte einhändigen und ersuchen, daß ihm das erlangte Gut allda gerichtlich zugeschrieben — werden möge."

Bremen und Verdensche Policei-Ordn. B. 1. S. 1324. Verordn. von 1726. "Fügen hierdurch zu wissen: daß Wir, mit besondern Mißfallen, erfahren, welcher gestalt die übele Gewohnheit, einiger Orten — einreissen wollen, daß wenn Contributionspflichtige, oder mit andern publiquen Abgifften behaftete immobilien neue Possessores bekommen, diese so wenig, wie die, welche solche liegende Gründe veräussern, — die Ab- und Zuschreibung derselben in den Registern nicht beschaffen; da doch die allgemeinen Rechte, nicht minder die eigene Art Catastrorum sie hierzu anweisen, was indices der Ländereyen und deren Besitzer auch eine Richtschnur der ihnen obliegenden Praestationen seynd; Worunter hingegen die Vernachlässigung der erforderlichen Anzeige, was das Land für einen neuen Herrn gekriegt, allerhand und theils unauflösliche Verwirrungen machet, die den herrschaftlichen Einkünften u. andern Leistungen zur Schmälerung — gereichen — So verordnen — daß derjenige, welcher eigenthümliches *onera publica* tragendes Land — an sich bringt — bei allen Hebungs-Bedienten, in deren Register es gehört, sich melden dessen Ab- u. Zuschreibung für deren, des Orts herkommliche Gebuhr, richtig thun lassen." — —

Der Stadt Wormbs Reformation v. 1498. B. 5. Th. 1. C. 1. Sammlung Hessischer Landes-Ordn. Thl. VI. Verordnung vom 5ten Nov. 1765.

29) Eichhorn Rechtsgeschichte §. 450.

Digitized by Google

kunde zu haben, also, durch Erleichterung des Beweises unter den Contrahenten künftigen Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen [30]).

Es fragt sich nun, ob das vorbehaltene Eigenthum, damit es gegen jeden Besitzer der Sache, auf welcher es haftet, geltend gemacht werden könne, der Eintragung in die Gerichtsbücher bedürfe. Hätte man den Zweck der

---

30) Der Grafschaft Solms Gerichts- und Landordnung von 1571. Theil 1. Tit. 5. §. 1. Es sollen hiernach die Verträge über Immobilien, die Vormundschaften, Einkindschaften u. Testamente in ein Buch (Contracten- oder Schöffenbuch) geschrieben werden, "damit man jeder Zeit, wann es die Nothdurft erfordert aus solchen Büchern Kundschaft der Wahrheit aller ergangenen Händel haben u. nehmen möge."

Wildenburgisches Landrecht von 1607. Theil 1. Cap. 5. "Damit aber alles, was vor Gericht gehandelt wird, möge verwahret bleiben und ins künftige davon Bericht gegeben", Sponheimsches Landrecht von 1578. Cap. 10. Cap. 107.

Breßlausche Statuta v. 1588. Art. 14. Von Kauff, Tausch u. Mittung der Häuser. "Nachdem bishero wegen gehaltener Käuffe und Mittungen der Häuser wie und waser gestalt dieselben beredet und beschlossen worden, zwischen den Contrahenten vielfältiger Streit vorgelauffen, welches fürnemlich daher kommen, daß die Contract nicht anffs Papier gebracht und derohalber zuweilen auch Aydes beschuldigungen fürgefallen. So sollen hinführo bei der Bürgerschafft so wol bei den Zechleuten alle Käuff und Mittungen der Häuser auffs wenigst in beyseyn zweyer hierzu erbettener Männer, als Zeugen, bald beschrieben und mit der Contrahenten, sowohl ihrer hierzu erbettener Freunde Pettschaft besiegelt, oder in Mangel der Siegel durch zween außgeschnittene Zettel bekräfftiget, oder ja der Kauff, Tausch und Mittung in unsere Stadtbücher verzeichnet werden." —

Pfalz bei Rhein erneuert Landrecht von 1610. Tit. 5. von Contracten. Erbverleihungen sollen hiernach vor Gericht gemacht werden "damit dadurch künftige Mißverstande und unnöthiges gezank auch daraus folgende Rechtfertigungen verhütet werden."

Cellische Policey-Ordn. von 1718. Cap. 11. §. 1. "Damit auch unsere Unterthanen um so viel desto weniger nöthig haben, kostbaren weitläuftigen Beweisthum zu führen — so befehlen Wir allen und jeden unsern Unterthanen, daß, wann und so oft sie mit jemanden innerhalb unserer Fürstenthümer — contrahiren, sie solches bei dem Ambt, der Vogtei, oder dem Stadt-Gericht, darunter der Contract beschlossen u. vollzogen wird, bei Pön der annullation — unnachläßig anmelden, solchen Contract in das Ambts- Stadt- oder Gerichts-Buch — einschreiben lassen." —

Digitized by Google

alten gerichtlichen Auflassung (Sicherheit des Erwerbers gegen die Ansprüche Dritter) bei deren weiteren Fortbildung stets vor Augen gehabt und die Gerichtsbücher zu dem Zwecke angelegt, daß durch sie die ganze rechtliche Lage des Grundstücks festgestellt würde, indem man den für Proceßacten geltenden Grundsatz quod non est in actis non est in mundo, auch auf diese über Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgenommenen Urkunden angewendet hätte, so wäre die Bejahung der obigen Frage keinem Zweifel unterworfen.

Das ganze Verhältniß würde sich dann auf folgende Weise herausgestellt haben:

1) Der Vorbehalt des Eigenthums hätte gegen den Käufer selbst ohne Zweifel immer geltend gemacht werden können, weil dessen Einrede, daß der Vorbehalt in die Gerichtsbücher nicht eingetragen, die Auflassung mithin unbedingt geschehen sei, durch eine doli replicatio hatte beseitigt werden können. Eben dieses würde dann auch haben gelten müssen, wenn der Verkäufer sein Eigenthum gegen die chirographarischen Gläubiger des in Concurs gerathenen Käufers ausüben wollte, denn sie machen ja nur die Rechte des Cridars geltend, ohne dingliche Ansprüche an den einzelnen Sachen zu haben.

2) Gegen dritte Personen hingegen, auf welche der Käufer die Sache weiter übertrug und welche von dem nicht eingetragenen pactum reservati dominii keine Kenntniß hatten, würde der erste Verkäufer eben so wenig sein Eigenthum geltend machen können, als gegen die hypothekarischen Gläubiger, welche unter der obigen Voraussetzung von dem Käufer sich eine gerichtliche Hypothek bestellen ließen.

Nach gemeinem Recht indeß, wie es in unserer Praxis da gilt, wo die Partikulargesetzgebung andere Normen nicht aufgestellt hat, muß man behaupten, daß die Ein-

Digitized by Google

tragung des Vorbehalts des Eigenthums in die Gerichtsbücher zu dessen Wirksamkeit gegen Dritte durchaus nicht nothwendig sei. Wer daher ein Grundstück gerichtlich auflässt, ohne dafür zu sorgen, daß das bei der Uebertragung des Grundstücks abgeschlossene pactum reservati dominii den Gerichtsacten einverleibt wurde, kann sein Eigenthum nichts destoweniger gegen Alle geltend machen, welchen von dem Käufer, wenn gleich wieder durch gerichtliche Auflassung, ein Recht an der fraglichen Sache eingeräumt wurde, indem ganz einfach der Grundsatz entscheidet, daß der Käufer, da er noch nicht Eigenthümer geworden ist, zum Nachtheil des Verkäufers die Sache mit dinglichen Rechten nicht belasten kann. Dieser absoluten Gewalt des Eigenthums gegenüber, welche nur durch Usucapion gebrochen werden kann, ist es dann ganz gleichgültig, ob der Dritte von dem Vorbehalt Kenntniß hatte, oder nicht.

Daher ist auch die oben erwähnte Ansicht Bauer's, daß neben der unbedingt geschehenen Auflassung die, eine stillschweigende Reservation des Eigenthums enthaltende Bestimmung des römischen Rechts, daß das Eigenthum erst in Folge der Zahlung, oder des verwilligten Credits übergehe, nicht bestehen könne, nicht zu billigen; denn nicht die gerichtliche Auflassung überträgt das Eigenthum, sondern die Tradition der Sache selbst [31]). Ist nun bei dieser das Eigenthum ausdrücklich vorbehalten, oder deshalb nicht übergegangen, weil kein Credit gegeben wurde, so kann der Verkäufer noch unter Umständen über die Sache verfügen.

Die Behauptung von Geyso's [32]), der Verkäufer könne die unter Vorbehalt des Eigenthums übergebene

31) Eichhorn Einleitung §. 175.

32) a. a. O. S. 172.

Digitized by Google

Sache jedesmal mit gültigen Hypotheken belaſten, iſt aus dem Standpunkte des Römiſchen Rechtes ganz richtig, bedarf aber nach deutſchem Rechte folgender Beſchränkung:

1) Iſt die Sache gerichtlich aufgelaſſen, ſo kann der Verkäufer, welcher ſich das Eigenthum vorbehalten hat, eine gerichtliche Hypothek an der Sache wohl kaum beſtellen; entweder nämlich iſt der Vorbehalt in den Gerichtsbüchern bemerkt, oder nicht. Im letztern Falle kann der Richter dem Antrage auf Ingroſſation der Hypothek nicht deferiren, weil der Bittſteller nach Ausweis der Gerichtsbücher nicht mehr Eigenthümer iſt. Iſt hingegen der Vorbehalt angemerkt, und ergibt ſich demnach aus den Handelsbüchern, daß der Verkäufer Eigenthümer geblieben iſt, ſo muß man dennoch den Richter, wegen der von ihm bei der Hypothekenbeſtellung vorzunehmenden causae cognitio, für verpflichtet erachten, den Käufer von dem Vorhaben des Verkäufers in Kenntniß zu ſetzen, um jenem dadurch Veranlaſſung zu geben, ſein Widerſpruchsrecht geltend zu machen, oder um zu erfahren, ob der Vorbehalt vielleicht nicht durch bereits erfolgte Zahlung erloſchen, der Verkäufer daher zur Verfügung über das Grundſtück gar nicht mehr berechtigt iſt. Eine außergerichtliche Hypothek kann aber der Verkäufer, weil er Eigenthümer geblieben iſt, gültig beſtellen.

2) Iſt die unter Vorbehalt des Eigenthums verkaufte Sache blos außergerichtlich tradirt, nicht auch gerichtlich aufgelaſſen, ſo erſcheint der Verkäufer auch in öffentlicher Beziehung noch als Eigenthümer, weil das Grundſtück noch auf ſeinen Namen ſteht; er iſt daher auch zu gerichtlichen Verfügungen über die Sache legitimirt. Daß er in dieſem Falle auch eine gültige außergerichtliche Hypothek beſtellen kann, ergibt ſich von ſelbſt.

Digitized by Google

Beiläufig mag hier noch folgende Frage erwähnt werden: Ist der, welcher ein Grundstück unter Vorbehalt des Eigenthums gekauft hat, durch dasselbe von den im Proceß üblichen Cautionen frei? Da der Käufer nur als Detentor anzusehen ist, so ist die Verneinung der Frage außer Zweifel. Jedoch ist hierbei Folgendes zu berücksichtigen. Ist dem Käufer das Grundstück gerichtlich aufgelassen, ohne daß der Vorbehalt in den Gerichtsbüchern angemerkt ist, so gilt jener in öffentlicher Beziehung für den Eigenthümer und ist als solcher von Cautionen frei, es sei denn, daß der Gegner bewiese, daß der Verkäufer in Folge des nicht eingetragenen pactum reservati dominii Eigenthümer geblieben sei. Auf gleiche Weise ist die Frage zu entscheiden, ob der, welcher ein Grundstück unter Vorbehalt des Eigenthums gekauft hat, durch die Innehabung desselben befähigt sei, Wahlmann oder Landtagsdeputirter zu werden, wenn die Gesetze zur activen, oder passiven Wahlfähigkeit Grundbesitz verlangen.

In mehreren Partikulargesetzen (von denen einige §. 29. angegeben sind) findet sich die Bestimmung, daß der Vorbehalt nur dann gegen Dritte geltend gemacht werden kann, wenn er in die Gerichtsbücher eingetragen ist, und dasselbe gilt in alle den Ländern [33]), deren neuere Hypothekengesetze auf das Bedürfniß der Sicherheit im Verkehr die erforderliche Rücksicht genommen haben. Wenn es freilich für diese Länder, deren Hypothekenordnungen den Grundsatz aussprechen, daß alle Hypotheken ingrossirt werden müssen und daß der Vorzug unter ihnen lediglich durch das Alter bestimmt wird, zugegeben werden muß, daß das vorbehaltene Eigenthum von keiner großen Bedeutung mehr ist, weil schon die Hypothek eine möglichst große Sicherheit gewährt: so

33) Das Verzeichniß derselben bei Mittermaier Grundsätze §. 181. a. ff. Eichhorn Einleitung §. 190.

Digitized by Google

sollen hiermit doch die möglichen Vortheile des vorbehaltenen Eigenthums in einzelnen Fällen nicht geleugnet werden. Ihre Ausführung aber, als zu sehr in das Einzelne der Partikularrechte eingehend, wird, eine Bemerkung von Sachse (Text zu Note 36) und eine Andeutung am Ende der Darstellung des baierschen Rechts ausgenommen, in dem Folgenden übergangen werden.

§. 29.

Darstellung der Bestimmungen einzelner Partikularrechte.

Die älteste Gesetzgebung, in welcher ich das pactum reservati dominii gefunden habe, ist die Sächsische Proceßordnung von 1622. Dresden 1624. 4. In dem 42sten Titel ist zuerst von der reservirten Hypothek die Rede, welche allen andern Gläubigern vorgehen soll. Darauf heißt es weiter: "Also auch wann einer bei Verkauffung des Guts wegen Bezahlung des Kaufgeldes nicht so sehr auf den Käuffer als auf dasselbe Gutt sich daran zu erholen, gesehen und ihme derowegen ausdrücklichen auf den Fall, da er nicht bezahlen würde, das Eigenthumb daran vorbehalten thete, so würde er in solchem Falle, wann gleich keiner Verpfendung darneben gedacht were, vor allen andern Gläubigern billig davon bezahlt." Die Mangelhaftigkeit dieser Bestimmung mag der Grund gewesen sein, daß die sächsischen Juristen meist die Behauptung aufstellten, das vorbehaltene Eigenthum habe nur die Wirkungen einer vorbehaltenen Hypothek. Diese Ansicht erhielt durch die erleuterte Proceßordnung von 1724. Tit. 42. §. 7. die gesetzliche Sanction. Der welcher sich das Eigenthum vorbehalten hat, kann daher im Concurse nicht vindiciren, sondern muß gleich den übrigen hypothekarischen Gläubigern liquidiren [34]).

34) Curtius Handbuch des sächs. Civilrechts Th. 4. §. 1405.

Digitized by Google

Der Vorbehalt muß im Kaufprotocolle bemerkt werden, widrigenfalls ihn das Gericht im Consensbuch nicht bemerkt, von Amtswegen nicht berücksichtigt und jüngere consentirte Hypotheken überall den Vorrang vor ihm haben [35]).

Wiewohl hiernach zwischen der vorbehaltenen Hypothek und dem vorbehaltenen Eigenthum kein Unterschied zu sein scheint, so gewährt doch in einem Falle das vorbehaltene Eigenthum noch besonderen Nutzen. Nach einem Sachsen-Weimarschen Rescript vom 8ten Apr. 1793 können nämlich Consense in Hypotheken vom Gericht bei Allodial- nur bis auf die Hälfte, bei Lehngütern nur bis auf 1/3 des Werthes ertheilt werden. Wenn daher beim Kauf wegen der rückständigen Kaufgelder in eine größere Hypothek nicht consentirt werden kann, so behält sich der Verkäufer das Eigenthum vor, welcher Vorbehalt mit der consentirten und reservirten Hypothek gleiche Wirkung hat [36]).

In dem baierschen Hypothekengesetz vom 1sten Jun. 1822. ist von dem Vorbehalte des Eigenthums an mehreren Stellen die Rede. Im Ganzen hat der Vorbehalt auch hier die Wirkungen einer Hypothek.

Die Motive zum Entwurf von 1819 [37]) bemerken über den Vorbehalt des des Eigenthums: "Geht man auf den Ursprung dieses Vorbehaltes bei Veräußerung unbeweglicher Güter zurück, so findet man, daß die frühere höchst fehlerhafte Gesetzgebung zu demselben die Veranlassung gab; denn unter Gesetzen, die eine Menge anderer Gläubiger selbst dem Kaufschillingsreste vorziehen,

35) Sachse Handbuch des Großherzoglich sächsischen Privatrechts §. 319.

36) Sachse a. a. O.

37) von Gönner Commentar zum Hypothekengesetz Th. 1. S. 129.

Digitized by Google

hatte der Verkäufer in der Hypothek keine hinreichende Sicherheit und erst im Vorbehalte des Eigenthums konnte er sie finden. Dazu drängt ihn nach dem neuern Hypothekenrecht keine Noth; sein Kaufschillingsrest wird, dem §. 15. gemäß, als Hypothek gegen alle spätern Vorzugsrechte sicher gestellt und eine größere Sicherheit braucht er nicht." Der §. 15. des Hypothekengesetzes bestimmt nun: "Der bei Veräußerung einer Sache bedungene Vorbehalt des Eigenthums zur Sicherstellung des rückständigen Kaufpreises berechtigt den Gläubiger, dafür auf die veräußerte Sache eine Hypothek eintragen zu lassen."

von Gönner bemerkt dazu S. 226. Folgendes: "Man hat diese Bestimmung, mit welcher auch §. 37. zusammenhängt, deswegen besonders für nöthig gehalten, weil der Vorbehalt des Eigenthums noch in manchen Verträgen aus Gewohnheit, oder nach alten Formularen vorkommen wird, dessen Zweck das gegenwärtige Gesetz mit voller Sicherheit für den Verkäufer, und ohne Lähmung des dem Käufer oft nothwendigen Credits, durch die Eintragung der Hypothek besser erreicht." Der §. 137. lautet: "Hat sich der Verkäufer für den Rückstand am Kaufschilling das Eigenthum — — vorbehalten, so müssen diese Forderungen unter den Hypotheken eingetragen werden." Die Sicherheit, welche diese Hypothek gewährt, besteht darin, daß sie allen spätern bei dem Käufer entstandenen Pfandrechten vorgeht. Nach §. 99. N. 2. soll das vorbehaltene Eigenthum, wenn es bei Veränderung des Besitzes aus den darüber vorgelegten Urkunden erhellet, auch ohne ausdrückliches Verlangen des Berechtigten eingetragen werden und zwar nach §. 137. in die dritte Rubrik (unter die Hypotheken). Indeß soll der Vorbehalt des Eigenthums auch in die zweite Rubrik des Hypothekenbuchs (Beschränkungen der Disposition) und zwar ex officio eingetragen werden, wenn der Vor-

Digitized by Google

behalt nicht zur Sicherheit für den Rückstand am Kaufschilling, sondern zu einem andern Zwecke geschah [38]). Abgesehen von diesem Falle geschieht die Anmerkung in der zweiten Rubrik nur auf ausdrückliches Verlangen des Verkäufers. Ist der Vorbehalt nun in der zweiten Rubrik angemerkt, so hat dieses unter andern die Wirkung, daß auf die Sache ohne Einwilligung des Reservanten keine Hypotheken eingetragen werden können, während wenn der Vorbehalt in der dritten Rubrik bemerkt ist, diese Einwilligung nicht nöthig ist.

Wenn von Gönner nach dem Angegebenen deutlich genug seine Meinung dahin ausspricht, daß der Vorbehalt des Eigenthums ganz überflüssig sei, wo er blos zur Sicherheit wegen des Kaufschillings geschehe, da schon die Hypothek die vollständigste Sicherheit gewähre, so scheint er zu übersehen, daß dem Gläubiger nicht nur daran gelegen ist, Sicherheit wegen einer Forderung zu haben, sondern auch die gesicherte Forderung so schnell als möglich zu realisiren. Der hypothekarische Gläubiger muß sich stets in den Concurs einlassen, während der Vindicant durch Zurücknahme der Sache allen Weiterungen ausweicht.

Das Kurhessische Recht geht gleichfalls von dem Gesichtspunkte aus, daß das vorbehaltene Eigenthum nur die Wirkungen einer Hypothek habe. In der Verordnung vom 17ten Jun. 1828. [39]) heißt es §. 1.: "Bei allen unter Lebenden Statt findenden freiwilligen Veräußerungen von Grundstücken — — soll das Eigenthum erst mit der gerichtlichen Bestätigung des Vertrags übergegangen erachtet werden, vor und bei welcher Bestätigung alle gesetzlichen Erfordernisse nach der Kontracten-Ord-

38) v. Gönner a. a. O. S. 230. 231.

39) Sammlung von Gesetzen ꝛc. für Kurhessen 1828. S. 24 ff.

Digitized by Google

nung vom 9ten Jan. 1732. und den spätern einschlägigen Vorschriften, so weit sie nicht durch gegenwärtige Verordnung eine Abänderung erleiden, auch ferner wahrzunehmen sind, und ohne daß außer dieser Bestätigung noch irgend eine Tradition des Grundstücks und die geschehene Zahlung des Preises, oder eine deshalbige Fristgestattung (Kreditgeben) zum Uebergang des Eigenthums auf den Erwerber wirksam, oder erforderlich seien, gleichwohl vorbehaltlich eines gesetzlichen, allen spätern Hypotheken vorgehenden Pfandrechtes, welches wegen des rückständigen Preises nebst Zubehör bei allen nach dem 1sten Oct. d. J. abgeschlossenen Veräußerungsverträgen angenommen und von Amtswegen in das General-Währschafts- und Hypothekenbuch eingetragen werden soll." In §. 7. wird gesagt: wenn der Vertrag unter einer Suspensiv-Bedingung abgeschlossen sei, so solle die Umschreibung an den neuen Eigenthümer bis zu deren Erfüllung ausgesetzt bleiben. Dann heißt es weiter: "Hingegen soll der Vorbehalt des Eigenthums auf den Fall nicht gehörig erfolgender Erlegung des Preises, oder sonstiger Gegenleistung lediglich als ein ausdrücklich bedungenes der im §. 1. angeordneten gesetzlichen Hypothek gleichstehendes Pfandrecht angesehen und in das General-Währschafts- und Hypotheken-Buch von Amtswegen eingetragen werden."

Hiernach gibt es in Kurhessen ein eigentliches pactum reservati dominii bei Immobilien nicht mehr. Für Mobilien aber gilt ohne Zweifel das gemeine Recht.

Das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten [40]) sieht den Vorbehalt des Eigenthums als eine Resolutivbedingung an. Es heißt in §. 266.:

40) Th. 1. Tit. 11. §. 266 ff.

Digitized by Google

"Hat der Verkäufer auf den Fall, wenn der Käufer das creditirte Kaufgeld, oder einen gewissen Theil desselben, in einem bestimmten Termine nicht zahlen werde, sich das Eigenthum der verkauften und übergebenen Sache vorbehalten, so hat dieses Abkommen die Kraft einer auflösenden Bedingung (§. 261. 262.)"

Der Richter soll den Vorbehalt des Eigenthums in der zweiten Rubrik des Hypothekenbuchs von Amtswegen anmerken. Der Verkäufer kann, wenn der Käufer zur bestimmten Zeit nicht zahlt, die Sache zurückfordern, ohne daß der letztere durch nachher angebotene Zahlung den Verkäufer hindern könnte, von dem Vorbehalte des Eigenthums (eigentlich müßte es heißen: von dem bedungenen Rückfall des Eigenthums) Gebrauch zu machen [41]). Der Verkäufer kommt in die erste Classe (im Sinne des preußischen Rechts) und kann wie der Deponent, Vermiether u. s. w. die Sache zurücknehmen [42]).

§. 267. "Nimmt aber der Verkäufer in dem bestimmten Termine eine mindere Summe, als gezahlt werden sollte, ohne Vorbehalt an, so wird er seines Rechts die Sache selbst zurückzufordern, verlustig."

Von dem Vorbehalt des Eigenthums bei einem bestimmt verabredeten Zahlungstermin, unterscheidet das Landrecht den Vorbehalt welcher ohne Erwähnung eines gewissen Zahlungstermins vorkommt und gibt einem solchen Vorbehalt nur die Wirkung einer Hypothek.

§. 268. "Ist der Vorbehalt des Eigenthums im Vertrage ohne Bestimmung eines gewissen Zahlungstermins beigefügt, so erlangt der Verkäufer einer unbeweglichen Sache dadurch nur das Recht, das rückständige Kaufgeld in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen."

41) Bielitz Commentar Th. 2. zu diesen §. §.
42) Preußische Gerichtsordnung Th. 1. Tit. 50. §. 335.

Digitized by Google

In Mecklenburg ist zur Wirksamkeit des Vertrags gegen Dritte erforderlich, daß wenn über den Gegenstand, an welchem das Eigenthum vorbehalten wird, öffentliche Hypothekenbücher bestehen, der Vorbehalt in diese eingetragen werde. Der Verkäufer bleibt dann Eigenthümer und kann vindiciren [43]). Daß aber der Verkäufer, weil er Eigenthümer sei, auch die Unglücksfälle der Sache trage [44]), kann nur angenommen werden, wenn es die Partikular-Gesetze ausdrücklich bestimmen (§. 5. 6.).

43) Hypoth. Ordnung vom 12ten Nov. 1819. §. 33.
44) von Kamptz Meckl. Civilrecht §. 79.

Digitized by Google

VIII.

Etymologische Erörterungen von Rechts-Ausdrücken.

Von Herrn Prof. K. Otfried Müller
in Göttingen.

1. Vindex, vindiciae, vindicere, vindicare, vindicta.

Es kann nach meiner Meinung keinem Zweifel unterliegen, daß von einem alten Verbum vim dicere oder vindicere, welche Form noch in den zwölf Tafeln gefunden wurde, das Nomen vindex gebildet ist, wie von jus dicere judex herkömmt. Die Veränderung des m in n giebt zu keinem Bedenken Anlaß; sie war nothwendig, sobald die beiden Worte vim und dicere enger zusammenwuchsen; wie es nicht eam-dem, quam-dam heißen konnte, sondern nur eandem, quandam. Es muß also in vindex, vindiciae, vindicare ursprünglich ein Anzeigen und Verkündigen von Gewalt liegen, und es fragt sich nur, auf welche Weise wir den technischen Sinn dieser Worte damit in Verbindung bringen können.

Was nun zuerst die vindicias vor dem Prätor anlangt, so tritt in der symbolischen Handlung, welche damit verbunden blieb, die vis sehr deutlich hervor. Zwei Personen streiten darüber, wem ein Servus oder ein andres

Digitized by Google

Gut gehöre; sie treten wie im thätlichen Kampfe begriffen vor den Prätor, ergreifen beide den streitigen Gegenstand, und legen den an die Stelle der hasta getretenen Stab, die festuca, darauf, als wollte ihn jeder auch mit Gewalt behaupten. Dies wird auch durch in jure manum consertum bezeichnet, und von den Alten selbst als eine fingirte Gewalt betrachtet, welche Ennius in den von Gellius N. A. XX, 10, 4. angeführten Versen der solida vis des Krieges entgegensetzt. Nach Gellius heißt dies manus conserere selbst schon vindicia. Vindicia, sagt er, id est correptio manus in re atque in loco praesenti, apud praetorem ex duodecim tabulis fiebat. Und gewiß ist dieser von Gellius angegebene Sprachgebrauch der ursprüngliche, nach welchem vindicia eben nichts anders ist, als das "an den Tag legen, das Anwenden von Gewalt, wenn der Gegner der Forderung nicht nachgeben will." Ein eigentliches Sagen und Ankündigen der Gewalt durch Worte scheint dabei nicht in dem vindicere zu liegen, sondern dicere (alt deicere) wird auf seine erste Bedeutung, welche die Sprachvergleichung als die ursprüngliche nachweist, zurückzuführen sein, auf die Bedeutung des Griechischen δεικνύναι, des Deutschen: zeigen. (Grimm Deutsche Gramm. I. S. 586.) Vindicia ist also ursprünglich das vim dicere selbst, wie judicium das jus dicere, indicium das indicere; das Femininum pluralis aber, welches in vindiciae gewöhnlich geworden, kömmt auch sonst öfter bei der Bezeichnung solenner Handlungen vor, wie in: nuptiae, induciae, inferiae. Nun vereinigt sich aber auch sehr leicht damit der Sprachgebrauch, nach welchem der Prätor dem vindicias dat, dessen Anspruch er gut heißt; er gestattet ihm die Gewalt zu gebrauchen; er befiehlt damit zugleich dem Gegner, die von jenem gebrauchte Gewalt nicht zu hindern. Auch der Ausdruck praetores *secun-*

Digitized by Google

dum aliquem, z. B. populum, vindicias dicunt (Cato bei Festus p. 279. Lindemann) erklärt sich aus der ganz sinnlichen Auffassung der Sache: sie erlauben, die Gewalt anzuwenden, die Person oder Sache hinwegzuführen, nach der Seite des Volkes hin; sie heißen den Anspruch des Volkes gut. Bei einem für einen Servus gehaltenen Freien finden vindiciae secundum libertatem statt; er wird von Jemandem der sich seiner annimmt nach der Seite der Freiheit, in die Freiheit hinweggerissen; in demselben Falle kam wahrscheinlich in Athen die entsprechende Handlung der ἀφαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν, welche auch in einem gewaltthätigen Hinwegführen bestand, in Anwendung.

Mit diesen Vindicien läßt sich das Vindiciren des vindex, welcher als Vertreter eines in jus vocatus eintritt, leicht in den natürlichen Zusammenhang bringen. Damit hier ein vindex eintreten könne, muß der in jus vocatus als widerstrebend gedacht werden: in welchem Falle dem in jus vocans freisteht, nach dem Ausdrucke der zwölf Tafeln manum injicere (Hugo's elfte R. G. S. 317 ff.), wodurch für den Erstern eine temporäre Beraubung der Freiheit eintritt. Auch hier giebt nun das Römische Recht, wenn wir den vorigen Ausdruck mit einiger Freiheit übertragen dürfen, gleichsam vindicias secundum libertatem; es erlaubt einem Dritten mit einer Gewalt einzuschreiten, die eben deswegen, weil sie rechtmäßig ist und ihr nicht widerstanden werden darf, eine fingirte wird. Der Ausdruck vindex war hiebei schon vor den zwölf Tafeln herkömmlich, deren Stelle zu schreiben sein wird: ASSIDUO VINDEX ASSIDUUS ESTO, PROLETARIO JAM QUIQUI CIVIS VOLET VINDEX ESTO [1]). Es kann auffallen, daß während

1) Diese Lesart geht wohl deutlich aus der der besten Handschriften bei Gellius XVI, 10, 5. hervor. Cod. Reg.: proletario

Digitized by Google

bei den Vindicien der ersten Art, vor dem Prätor, nicht von einem vindex, dagegen bei diesem Vindiciren für den in jus vocatus von einem vindex, aber nicht von vindiciis die Rede ist. Ich finde den natürlichen Grund darin, daß wo das vindicere sich auf eine Sache bezieht, Niemand da ist, der von seinem vindex reden, sich auf diesen berufen kann; dagegen mußte bei dem persönlichen Verhältnisse des in jus raptus und seines Befreiers Viel vom vindex die Rede sein. Von vindiciis aber, quae postulantur, dantur, feruntur u. dgl. konnte wieder nur da gesprochen werden, wo in jure zu entscheiden war, wem sie zukämen; bei diesem zweiten Vindiciren aber, welches das Gesetz ein für allemal gegeben hatte, war für diese Redensarten kein Anlaß gegeben.

Was nun das Verbum: vindicare, anlangt: so ist dies von dem Substantivum vindex gebildet, wie judicare von judex. Ursprünglich fand wohl bei allen solchen Verben, welche aus der dritten in die erste Conjugation überzugehen scheinen, (wie auspicare von auspicere, indicare von indicere u. dgl.) ein Durchgang durch ein Nomen (wie auspex, index) statt; wenn auch freilich bei einer Menge solcher Bildungen das Nomen nicht nachzuweisen ist, und auch vielleicht in vielen Fällen das Mittelglied wirklich übersprungen, und nach der Analogie der schon vorhandnen Bildungen sogleich aus dem ersten Verbum das zweite gebildet worden ist. Daß nun bei diesem Durchgange die Construction des Verbum sich verändert, hat nichts Befremdendes; obgleich in vindicare der Accusativ vim enthalten ist, sagte man vindicare aliquid, wie auspicari aliquid, nuncupare (von nomen

jam civi cui quivis volet. Quiqui hat auch noch Plautus. Dirksen, Zwölftafelfragmente S. 154, behält die Lesart: quoi quis volet. Jam, was sehr willkührlich entfernt wird, ist steigernd.

Digitized by Google

capere) hominem, mancipare rem, wo, wie bei nuncupare, nicht der capiens, sondern der das capere Veranlassende zum Subject der Handlung geworden ist. Auffallender wäre es, wenn in den zwölf Tafeln das ursprüngliche vindicere — in welchem die Worte vim und dicere nicht eigentlich componirt sondern nur aneinandergerückt sind, — mit eben dem Accusativ wie vindicare vorkäme. Aber die Stelle bei Gellius XX, 1, 45., die einzige, wo dieß vindicere in den zwölf Tafeln beglaubigt ist, lautet nach den alten Ausgaben: aut qui pseudo eo in jure vindicit, nach den Handschriften Gronovs: aut quis endo eo in j. v.; was wir ziemlich unverändert lassen dürfen: aut quips endo eo in jure vindicit. Dann erhalten wir aber die der Bildung der Redensart ganz angemessene Construction: vindicere in aliquo. Die Aenderung: endo em jure vindicit, wobei man endo mit jure, und em mit vindicit verbinden soll (Dirksen Zwölftafelfragm. S. 248), halte ich für unnöthig, sogar aus dem angegebnen Grunde für sprachwidrig *).

Daß nun dieses Verbum vindicare ursprünglich eben jene Handlung der vindiciae, jene fingirte Gewalt, womit ein Gegenstand behauptet wird, bedeutet, kann keinem Zweifel unterliegen: aber es war sehr natürlich, daß auch die ganze actio in rem, welche durch die Form der Vindicien eingeleitet wurde, nun unter dem Namen der vindicatio befaßt wurde. An sich, im engern Sinne, kann das Vindiciren an dem Eigenthumsrechte des Andern nichts verändern, sondern es wird nur, durch Vermittelung des Prätors, der factische Zustand dadurch einstweilen be-

2) Ueber das alte Verbum vindicere, welches indeß in keiner Stelle außer dieser bei Gellius irgend gesichert ist, Heinrich in Cicer. pro Tullio p. 71.

Digitized by Google

stimmt; aber zugleich bilden die Vindicien die Einleitung zu einem Rechtstreite über das Eigenthum, welcher vor Geschwornen weitergeführt, und im Ganzen Vindicationsproceß genannt wird; wie sie auch als Einleitung zu der in jure cessio gebraucht wurden, bei welcher das addicere des Prätor das Eigenthum des Einen auf den Andern überträgt. Der dem Spruche des Gerichts im Vindicationsprocesse vorausgehende Zustand beruht darauf, wer die vindicias erhalten, diesem fallen einstweilen alle Früchte zu, welche die possessio mit sich führt; daher der, secundum quem praetor vindicias dederat, dem Gegner bis zur endlichen Entscheidung über das Eigenthum praedes litis et vindiciarum geben mußte, d. h. er mußte ihn sicher stellen, daß der Gegenstand des Rechtstreits überhaupt (lis) und der aus den Vindicien sich ergebende Vortheil (vindiciae) nicht dem, dessen Recht zuletzt anerkannt wurde, entzogen werden konnte. So kommt es, daß vindiciae scheinbar die Früchte im Gegensatze der Sache selbst bedeutet.

Noch ist der Ausdruck: vindicta manumittere, in diesen etymologischen Zusammenhang zu bringen. Daß vindicta vom Participium des Verbum vindicere zum Substantiv geworden ist, leidet keinen Zweifel. Die vindicta kam aber schon bei den gewöhnlichen vindiciis als Name der festuca vor, welche als Stellvertreterin der hasta auf die streitige Sache gelegt wurde: ecce tibi vindictam imposui, sagte der einen Servus Vindicirende (Gajus IV, 16.). Vindicta ist also das, wodurch die vis an den Tag gelegt wird, das körperliche Zeichen des vindicere; ähnlich wie auch vindiciae einen äußeren bei der Handlung gebrauchten Körper, welcher den Gegenstand der Vindication symbolisch darstellte, z. B. eine von dem streitigen Grundstück herbeigeholte Scholle, bedeutete: auf welche vindicias eben bei dem Vindiciren die vin-

Digitized by Google

dicta gelegt wurde. In Bezug auf vindicta läugne ich nicht, daß die Bildung des Worts etwas Befremdendes hat; man erwartet ein actives und kein passives Participium; aber ich glaube auch annehmen zu dürfen, daß dicta in vindicta nicht eigentliches Passivum, sondern eine Art Medium sei, wie ja viele Participia Perfecti im Latein mediale Bedeutung haben, und einen Uebergang der Activa zu den sogenannten Deponentibus der Lateinischen Sprache bilden. Mit andern Worten: vindicta, d. i. vim dicta, ist zu nehmen, wie crimen ausus, für quae vim dixit, und zu übersetzen: τὸ τὴν βίαν δειξάμενον δόρυ, die die Gewalt ankündigende Lanze.

Nach dem Zusammenhange der Rechtsgebräuche, bei welchen die vindicta vorkömmt, kann es nicht in Zweifel gezogen werden, daß die manumissio per vindictam, welche jetzt Niemand mehr von einem Freigelassenen Vindicius herleitet, Nichts anders sei als eine Uebertragung der vindicatio in libertatem zum Zwecke einer solenneren Form der Freilassung. Der Lictor, welcher die festuca, welche vindicta genannt wird, auf den bisherigen servus legt, nimmt die Miene an ihn mit Gewalt aus der Knechtschaft befreien zu wollen; der Herr desselben widersetzt sich nicht, sondern läßt ihn los, und dreht ihn, nach dem letzten Schlage, durch welchen er seine Herrenrechte an den Tag legt, selbst von sich ab, wodurch ohne Zweifel angezeigt werden sollte, daß er nicht seinem frühern Herrn zu folgen, sondern seiner eignen Wege zu gehen habe. Wir können hier ganz — nur etwa das Verhältniß der festuca des Lictor zu den Schlägen des Herrn dahingestellt sein lassend — auf Unterholzner's Abhandlung in der Zeitschrift für gesch. R. W. II. 2. S. 148. verweisen, wo auch beiläufig in einer Note S. 150 die etymologische Verbindung der vindicta mit der vis civilis behauptet wird.

Digitized by Google

Diese ist auch wohl zu einleuchtend, als daß sie nicht schon oft bemerkt worden sein sollte. Auch *Gerh. Jo. Vossius* im Etymol. Lat. Linguae p. 773 der Ausg. von Mazochi, geht von dieser Ableitung aus, und sucht vindex, vindiciae, vindicta, vindicare in Zusammenhang mit einander zu bringen; nur findet sich dort doch keine genauere Nachweisung, wie sich ein jedes dieser Worte gebildet habe. Eine ganz andre Etymologie dagegen, als die hier entwickelte, legt Herr Ballhorn Rosen in dem dritten Excurs seiner Schrift Ueber Dominium zum Grunde, indem er vindicare von *ἐνδεικνύναι*, mit dem Digamma *Fενδεικνυναι*, ableitet. Allein dieses Fundament der sonst sehr unterrichtenden Abhandlung ist unhaltbar, da die Präposition *ἐν* niemals und nirgends das Digamma hatte (und es fehlt nicht an Quellen darüber, welche Worte früher im Griechischen diesen Laut besaßen); auch müßte, wenn *ἐν* ursprünglich ein Digamma gehabt hätte, das Latein, welches diesen Laut nicht weggeworfen sondern behauptet hat, überall und nicht blos in dem Verbum vindicere dafür vin setzen. Und was die Sache selbst betrifft, so ist in dem Darauflegen der festuca, welche nach fester Ueberlieferung für die hasta steht, der Ausdruck des Behauptens mit Gewalt zu unverkennbar, als daß man die Bedeutung der Handlung durch ein bloßes "Hinzeigen" erschöpft glauben könnte.

2. Nexus, nexum.

Die vielbesprochne Stelle des Varro, VII, 5. p. 100. 101. Bip. (382 Spengel) lautet nach der Florentiner Handschrift:

In Colace: Nexum Mamilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mu-

Digitized by Google

tius quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeterquam mancipio detur. Hoc verius esse, ipsum verbum ostendit de quo quaerit; nam idem quod obligatur per libram neque suum fit, inde Nexum dicitur. Liber qui suas operas in servitute pro pecunia quam debebat dum solveret Nexus vocatur ut ab aere Obaeratus. Hoc C. Popilio vocare Sillo dictatore sublatum ne fieret, et omnis qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi dissoluti.

Varro erklärt nämlich in diesem Buche seltnere Ausdrücke welche bei Dichtern vorkamen, und geht daher immer von einem Verse aus, wie hier von einer Stelle des Plautinischen Colax. Diese Dichterstelle ist uns aber dadurch verloren gegangen, daß sie mit dem Worte nexum anfing, und die darauf folgende Erläuterung ebenfalls; was den Schreiber derjenigen Handschrift, aus der die Florentinische und überhaupt alle bis jetzt bekannt gewordnen des Varro stammen, verleitete, den Satz nach dem ersten nexum, den Plautinischen Vers, auszulassen. Im Folgenden ist die Lesart des Florentinus meist richtig und unverdächtig; nur wird man wohl (mit Niebuhr R. G. I. S. 602 zw. Ausg.) praeter quae mancipio dentur, zu schreiben haben. Alsdann ist nach der Uebereinstimmung der andern guten Handschriften (Havniensis, Parisiensis a. b.) in servitutem zu schreiben; dann kann man nach debebat etwa dedit ergänzen, aber eine noch leichtere Auskunft bietet der zweite Pariser Codex bei Spengel: pro pecunia quadam debebat. Zuletzt ist deutlich von der Geschichte bei Livius VIII, 28. (vgl. Cicero de R. P. II, 34, 59.) die Rede, und man darf vermuthen: Hoc C. Poplilio auctore, ... dictatore sublatum ne fieret, ut omnis qui b. c. jurarunt ne essent nexi sed soluti. Die Dictatur, welche Varro hier erwähnt hat, ist dem Livius völlig unbekannt; der

Digitized by Google

Name des Dictators wird auch schwerlich mit Sicherheit restituirt werden können.

Varro giebt also eine doppelte Bedeutung von nexum; nach der einen schließt es mancipium ein, nach der andern aus. Er selbst hält die letztre Bestimmung des Begriffs für die richtigere und ursprünglichere; mit Recht, wiewohl seine Entscheidung von einer lächerlichen Etymologie ausgeht (nexum von nec suum). Für seine Meinung spricht dagegen, daß erstens in der alten Rechtsprache nexum und mancipium als Verschiedenes nebeneinandergestellt worden zu sein scheinen (wie in der den zwölf Tafeln zugetheilten Stelle bei Festus: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto); und dann hat offenbar die Römische Sprache selbst durch die Bildung der beiden Worte nexum und mancipium einen Gegensatz ausdrücken wollen. Mancipium ist das, was man mit der Hand ergreift, was man sich unmittelbar aneignet, und zugleich die Handlung dieses Ergreifens und Aneignens: nexum dagegen ist das, was gleichsam durch ein Band von mir gehalten wird und an mich geknüpft ist, so wie auch die Handlung, wodurch diese Knüpfung statt findet. In der Zeit des Römischen Rechts, welche wir zuerst historisch kennen lernen, wurde mancipium und nexum durch einen scheinbaren Kauf begründet, per aes et libram; möglich indeß daß in noch älterer Zeit andre symbolische Handlungen hiebei vorgenommen wurden; wie wohl im Ganzen die Anwendung dieses Scheinverkaufs zu den verschiedensten Rechtsverhältnissen nicht mehr der allerersten Periode der Bildung des Römischen Rechts angehört, in welcher meiner Meinung nach die Symbolik des Rechts mehr aus gottesdienstlichen und scheinbar kriegerischen Handlungen bestanden haben muß.

Hiernach war es gewiß auch alter Sprachgebrauch,

Digitized by Google

was sich bei den spätern Juristen erhalten hat, von rebus (pignori) nexis zu reden, welches wohl ursprünglich Dinge waren, die einem Andern per aes et libram im voraus auf den Fall verkauft waren, daß der Verkaufende eine Schuld nicht bezahlen, eine Pflicht nicht erfüllen werde. Daß aber nexus auf dieselbe Weise in Bezug auf eine Person gebraucht, und alsdann nexus Derjenige genannt wurde, der sich selbst verpfändet oder seinem Gläubiger zum Servus im voraus verkauft hatte, ist bekanntlich ein Hauptpunkt in Niebuhr's Auseinandersetzung über das alte Schuldrecht: von dessen Richtigkeit auch der Verfasser dieser Zeilen überzeugt ist. Das Geschäft des Nectirens selbst heißt nexum als Neutrum; nexum est quodcunque per aes et libram geritur, sagt Aelius Gallus bei Festus; nexum quod per libram agitur Cicero de Orat. III, 40, 159. Das daraus erwachsende Recht ist öfter jus nexi. Die aus dem nexum hervorgehende Verbindlichkeit, das Verhältniß, der Zustand heißt nexus; man sagt daher: nexu vincti solutique, nexu absolvi, liberari u. dgl. Nexo liberari wird man schwerlich finden, dagegen kömmt vor: omnia nexa civium liberata (Cicero de R. P. II, 34, 59), d. h.: Alles was nektirt war, ist freigemacht. Bei Cicero Paradoxa V, 1, 35.: mancipia quae sunt dominorum facta nexu aut aliquo jure civili, möchte ich mit Handschriften nexo schreiben; und auch in der Topik 5, 28: Abalienatio est ejus rei quae mancipi est aut traditio alteri *nexu*, aut in jure cessio, würde nexo nach meinem Gefühl befriedigender lauten.

3. Usurpare. Jurgare.

Usurpare ist deutlich eine Zusammensetzung mit usus und einem Verbalstamm, welcher seinen Vocal durch eine

Digitized by Google

Syncope verloren hat. Einer solchen Syncope sind in der Regel nur kurze Vocale ausgesetzt, und zwar nach Verhältniß der umgebenden Consonanten verschiedne. Vor dem l ist es das kurze u welches herausfällt, wie in periclum, exanclare statt exanculare, nucleus aus nuculeus u. dgl.; vor dem r aber verschwindet ein e, wie in extra für extera, utris für uteris und viel der Art. Dies hat seinen Grund darin, daß ein kurzer Vocal vor dem r im Latein die Gestalt des e, vor dem l des u anzunehmen pflegt. Vor andern Buchstaben wird man finden, daß ĭ dieser Herausstoßung am meisten ausgesetzt sei, und mitunter recht harte erfuhr, wie Horaz für puericia puertia, Lucilius sogar für frigidarium frigdarium bildete.

Wenn wir hiernach annehmen können, daß die volle Form usuripare gewesen: so wird es dann auch gleich in die Augen fallen, daß sich dies auf dieselbe Weise zu usum rapere verhält, wie etwa remigare zu remos agere, sacrificare zu sacrum facere u. dgl. Wenn die Sprache den ganz regelmäßigen, bei der Erörterung über die vindiciae erwähnten Weg genommen hat: so ist aus usum rapere zunächst ein Nomen usu-rapus, mit geschwächtem Vocal usuripus, und daraus das Verbum usuripare, usurpare entstanden.

Mir scheint, daß von dieser Etymologie aus die verschiedenen Richtungen, welche der Gebrauch von usurpare nimmt, sich vollkommen begreifen lassen. Legt man auf das Gewaltthätige in rapere weniger Gewicht: so heißt usurpare sich den Gebrauch aneignen, etwas handhaben, ausüben: wie so oft in der Ciceronischen Sprache. Gegen uti bleibt dabei immer noch der Unterschied, daß jenes ein fortdauerndes Verhältniß, dies mehr die einzelnen Akte des Gebrauchmachens bezeichnet, wie Döderlein

Digitized by Google

Latein. Synonyme III. S. 137. bemerkt. Das usurpare kann daher nach Umständen dem uti voraus gehen: credo usuros veteres illos fuisse, si jam nota et usurpata res esset.

In früheren Zeiten indeß legte man gewiß auf das rapere in usurpare größeres Gewicht, und dachte dabei durchgängiger an ein Ergreifen des Gebrauchs zum Nachtheile Andrer. Usurpare wurde der Gegensatz von usucapere; usurpatio est usucapionis interruptio, ein störendes Entziehen des Gebrauchs, wodurch das Ersitzen der Sache gehindert wird. Eine mulier usurpata ist nach der bekannten Bestimmung die, welche ein trinoctium außer dem Hause des Mannes gewesen ist, und sich dadurch dem usus entzogen hat. Vgl. Hugo's elfte R. G. S. 156.

Grade dieser Sprachgebrauch, den wir für recht alt zu halten Grund haben, verträgt sich nicht mit der Ansicht Döderlein's, Lat. Syn. III. S. 136, daß usurpare eine Art von Desiderativum von uti sei, also ein: nach dem Gebrauche streben, bezeichne; abgesehn davon, daß sich doch gar keine befriedigende Analogie für eine solche Art von Desiderativen aufstellen läßt.

Dagegen kann ich für usurpare aus usum rapere eine in die Augen fallende Analogie in jurgare hinzufügen. Wenn navigare, remigare, litigare, fumigare deutlich aus navem, remos, litem, fumum agere hervorgegangen ist: so kann es nicht zweifelhaft sein, daß jurgare aus jurigare, dies aus jure agere abzuleiten ist. Gewiß ist dies viel natürlicher, als mit Eutychius (L. II. c. 7. p. 185. Lindemann) eine Zusammenziehung von jurgare aus jure urguere anzunehmen. Jurgare entspricht daher ungefähr unserem deutschen Verbum "Rechten";

Digitized by Google

es hat urſprünglich nichts Gehäſſiges und iſt ſogar milder als litigare (Nonius s. v. jurgium, p. 430. Mercer.); ſpäter bezeichnet es wenigſtens einen ſich mit Worten begnügenden Streit, und ſteht bei Tacitus und Juvenal der rixa, welche in Thätlichkeiten übergeht, entgegen.

Jurgia prima sonare
Incipiunt animis ardentibus: haec tuba rixae.

Juvenal. XV, 51.

Digitized by Google

IX.

Ueber die Catonianische Regel.

Von Herrn Dr. Arndts
in Bonn.

Es ist wohl eine in ihrer Art einzige Erscheinung in der Literargeschichte des Römischen Rechts, daß bis auf die neueste Zeit die Anwendbarkeit der Catonianischen Regel nach Justinianischem Recht kaum bezweifelt wurde, während fast allgemein die Meinung herrschte, daß dieselbe in dem ganzen Zeitraume von der Lex Julia et Papia Poppaea bis zu Justinians Const. unic. Cod. de caducis tollendis unpractisch gewesen sei: daß dagegen jetzt die letzte Meinung mit siegreichen Gründen widerlegt [1]), die heutige Anwendbarkeit der Catonianischen Regel aber bestritten, und schon von mehrern in Abrede gestellt worden ist [2]). Diese neue Ansicht, nach welcher die

1) S. Harnier de regula Caton. Heidelb. 1820. §. XI.
2) Zuerst bekanntlich von Schoemann Handb. des Civilr. II. nro. VIII. Dann auch von Löhr im Mag. für Rtsw. u. Gsgg. III. S. 196. ff. Nachdem dagegen Harnier l. c. §. XIV–XVII. die ältere Ansicht vertheidigt und auch Roßhirt im Arch. f. civ. Praxis X. nro. XIV. für dieselbe gesprochen hatte, ist wieder für Schoemann's Theorie als Verfechter aufgetreten Guyet: Abhandl. aus dem Gebiete des Civilr. Heidelberg 1829. nro. V. Die lezte haben auch angenommen unter andern Thibaut Syßem §. 808.

Digitized by Google

Catonianische Regel aus dem Justinianischen Rechte ganz verbannt wäre, hat indessen nicht bei Allen Eingang gefunden [3]), und sie scheint mir auch durch die neueste Abhandlung über diesen Gegenstand noch keineswegs sicher begründet. Vielmehr scheinen mir immer noch wichtige, zum Theil nicht beachtete Gründe, für die ältere Meinung zu sprechen. Auch was über die Bedeutung und den Grund unserer Regel in den neuesten Untersuchungen gesagt worden ist, möchte noch manche Berichtigungen zulassen. Man wird daher die Mittheilung des gegenwärtigen Versuches billig entschuldigen, wenn er sich nicht durch den Inhalt selbst rechtfertigen sollte.

§. 1.

Die nach einem der Catonen benannte Regel für Vermächtnisse lautet nach Celsus in L. 1. D. de regula Catoniana folgendermaßen:

> Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non ualere.

Sie erfordert demnach zur Gültigkeit des Legats, daß alle Verhältnisse schon zur Zeit der Errichtung des Testaments so beschaffen seien, daß der wirkliche Anfall des Legats augenblicklich mit Erfolg Statt haben könnte; der zufällige Umstand, daß die zu jener Zeit bestehenden Gründe der Ungültigkeit etwa noch vor dem Tode des Testators weggefallen sind, soll in der Regel das Legat nicht gültig machen.

Schweppe Röm. Privatr. Dritte Aufl. §. 882. Hugo Röm. Rtsgsch. 11te Aufl. S. 1003. 1126. Schilling Bemerkungen über Röm. Rtsgsch. Leipzig 1829. S. 24. Anm. 33.

3) Vgl. z. B. Mühlenbruch doctrina pandectarum edit. II. §. 575. und jetzt edit. III. §. 766. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Vierte Aufl. B. V. §. 103. Schröter obseruat. jur. ciuil. Jenae 1826. p. 105.

Digitized by Google

Die Regel findet jedoch keine Anwendung auf solche Legate, deren Anfall ihrer besonderen Natur nach nicht wesentlich in dem Augenblick des Todes des Testators sich ereignet [4]: daher namentlich auch nicht auf bedingte Legate, deren Bedingung noch nach dem Tode des Testators eintreten kann [5]. Von diesen Legaten nämlich kann man, wenn auch im Zeitpunkt der Errichtung ein Hinderniß ihrer Gültigkeit vorliegen sollte, doch keineswegs behaupten, daß sie ungültig sein würden, wenn der Testator gleich nach Errichtung des Testaments gestorben wäre; denn es bleibt auch nach dem Tode des Testators bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Legat ohnehin erst wirksam werden soll, noch ein freier Zeitraum übrig, in welchem sich die Verhältnisse zu Gunsten des Legats ändern können.

Man erklärt gewöhnlich [6] durch diesen Satz von bedingten Legaten auch die Entscheidungen der Fälle in L. 1.

4) L. 3. D. h. t. (Papinian. lib. 15. quaestion.): Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. Wegen dieser Stelle glaubte man früher, daß seit der Lex Julia et Pap. Popp. die Catonische Regel keine Anwendung mehr gefunden habe, da nach jenem Gesetze der Anfall der Legate allgemein erst mit Eröffnung des Testaments eintreten sollte. Aber Harnier (not. 1. cit.) hat gezeigt, daß hier der Ausdruck dies cedit in einer andern Bedeutung genommen werden muß, als in der erwähnten Bestimmung der Lex Julia et Pap. Popp. Diese wollte nur, daß ante apertas tabulas die Legate nicht auf die Erben transmittirt würden, hob aber übrigens die Unterschiede zwischen den Legaten, welche nach dem Willen des Testators als gleich vom Tode desselben an erworben gelten sollten und denjenigen, denen ein späterer Termin des Anfalls entweder durch die Natur der Sache oder durch besondere Verfügung des Testators gesetzt war, keineswegs auf.

5) L. 4. D. h. t. (Ulpian. lib. 10. ad Sabin.): Placet, Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere. L. 41. §. 2. in fin. D. de legat. I.: ad conditionalia Catoniana non pertinet. Es versteht sich, daß auch in dieser Beziehung die legata in diem incertum den bedingten gleich stehen. L. 75. D. de cond. et dem.

6) So z. B. Donellus comment. de iure ciuil. lib. VIII. cap. 13. §. 4.; Harnier l. c. §. XXVI.

Digitized by Google

§. 1. 2. D. h. t. Dies ist aber unrichtig. Quae definitio, sagt Celsus in L. 1. pr., nachdem er die Catonianische Regel angegeben hat, in quibusdam falsa est; und fährt dann fort:

§. 1. Quid enim, si quis ita legauerit: *si post Calendas mortuus fuero, Titio dato?* an cauillamur? Nam hoc modo, si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum, uerius est, quam inutiliter datum.

§. 2. Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, *si eum uiuo testatore alienaueris* [7]): legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset.

Celsus erklärt die Catonianische Regel in diesen Fällen für falsch, weil sie den Worten nach auf dieselben anwendbar wäre, dennoch aber diese Legate als gültig anerkannt werden müßten. Es sind nämlich diese Vermächtnisse durch zukünftige ungewisse Thatsachen bedingt, die aber vor dem Tode oder wenigstens durch den Tod des Testators entschieden sein müssen. Wenn nun der Testator gleich nach Errichtung des Testaments, da die fragliche Thatsache noch nicht eingetreten ist, stirbt, so sind jene Vermächtnisse ungültig, weil ihre Bedingung deficirt. Nach streng wörtlicher Auslegung unserer Regel (si cauillamur) müßten sie also überhaupt ungültig sein und bleiben. Dies würde aber dem Geiste dieser Regel und der Natur der Sache durchaus zuwider sein. Denn wenn anders bedingte Legate wegen eines Mangels zur Zeit der Testamentserrichtung nicht schlechthin ungültig

7) Daß die Stelle so interpungirt und der cursiv gedruckte Satz als im Testament ausgesprochene Bedingung aufgefaßt werden müsse, hat man längst eingesehen; das Fragment würde sonst mit andern Stellen direct im Widerspruch stehen. Vgl. Harnier l. c.

Digitized by Google

sind, weil auch im Fall des augenblicklichen Todes bis zum Anfall desselben noch eine Zeit bleibt, den Mangel zu heben; so kann gewiß noch weniger dasjenige Legat als ungültig behandelt werden, bei dem der Testator durch die hinzugefügte Bedingung selbst noch auf eine Zeit bis zu seinem Tode hinweiset, in welcher das die Wirksamkeit des Legats bedingende Ereigniß eintreten könne. Treffend, obgleich nach Römischer Weise, um selbst dem Buchstaben sein Recht zu geben, etwas spitzfindig, sagt Celsus: wenn in dem angegebenen Falle der Testator gleich sterbe, so könne man eigentlich nicht sagen, das legatum sei inutiliter datum, sondern es sei gar nicht datum: weil nämlich das sub conditione gegebene Vermächtniß deficiente conditione gar nicht gegeben ist.

Aus gleichem Gesichtspunkte muß auch der Fall, der aus Paull. lib. 4. ad Plaut. in L. 2. D. h. t. angeführt wird, beurtheilt werden:

> Sed et si sic legauerit: *si filia mea Titio nupta erit*; sufficere uisum est, si mortis tempore nupta inueniatur, licet testamenti facti tempore fuerit impubes.

Die Bedingung si filia mea Titio nupta erit wird so verstanden, daß die Tochter bei Lebzeiten des Vaters dem Titius verheiratet sei. Obgleich nun diese Bedingung im Zeitpunkt der Testamentserrichtung nicht einmal erfüllt sein könnte, weil die Tochter noch unmündig ist, also, wenn der Testator gleich stürbe, das Legat nothwendig wegfiele, so wird es doch nicht, nach wörtlicher aber in der That unangemessener Anwendung der Catonianischen Regel, als ungültig verworfen, sondern erwartet, ob zur Zeit des wirklichen Todes die gesetzte Bedingung erfüllt sei oder nicht. Ganz anders verhält es sich mit solchen Legaten, deren Bedingung auch nach dem Tode des Testators noch eintreten kann. Auf diese findet

Digitized by Google

die Catonianische Regel schon ihren Worten nach keine Anwendung. In Beziehung auf sie konnte daher Celsus nicht sagen: in quibusdam falsa definitio est, sondern Catoniana regula ad ea non pertinet; die Regel betrift solche Legate nicht [8]).

§. 2.

Fragen wir nach den verschiedenen möglichen Umständen, wegen deren ein Vermächtniß im Augenblick der Testamentserrichtung ungültig sein würde, so tritt uns zunächst der Fall entgegen, wenn die Parteien in jenem Zeitpunkte nicht testamenti factio hatten. Von dem Mangel der testamenti factio in der Person des Testators brauchen wir nicht besonders zu reden; denn dieser hat Ungültigkeit nicht blos des Legats, sondern des ganzen Testaments zur Folge; das Legat theilt also hier durchaus das Schicksal des Testaments, in welchem es gegeben war. Dagegen betrifft der Mangel der testamenti factio in der Person des Legatars nur das einzelne Legat, und gehört also eigentlich hieher. Daß nun das Legat wegen dieses Mangels durchaus und für immer ungültig sei, ohne Rücksicht darauf, daß der Legatar bis zum Anfall des Legats testamenti factio erlangt haben kann, leidet keinen Zweifel, und es ist auch klar, daß man den Fall unter die Catonianische Regel subsumiren kann. In der That hat man immer diesen als einen der Hauptfälle, in welchem die Catonianische Regel zur Anwendung komme, angesehen; und auch die neusten Untersuchungen über den Grund unserer Regel haben ihn vorzüglich im Auge. Ich halte dies für unrichtig. Der alte Rechtssatz, daß der Legatar zur Zeit der Testamentserrichtung testamenti factio haben müsse, war, wie ich glaube, von der Cato-

8) vgl. Vinnius ad §. 10. Inst. de legat.

Digitized by Google

niana regula unabhängig. Wer nicht Commercium mit Römischen Bürgern hatte, der konnte bei der solennen Testamentserrichtung auf keine Weise bedacht werden, und ein solches Legat mußte nach der Strenge der Form schon von Anfang an nothwendig nichtig sein. Wir können auch davon nach dem Ausdruck des Celsus sagen: es war gar kein Legat, non datum, wie denn auch Gajus in seinen Institutionen unter dem Titel de inutiliter relictis legatis den Mangel der testamenti factio gar nicht mit erwähnt, die er in §. 285. stillschweigend als Erforderniß zur Gültigkeit des Legats voraussetzt. Für die Richtigkeit dieser Ansicht könnte man schon den Umstand als Argument anführen, daß nirgendwo, so wichtig für die Römer das Erforderniß der testamenti factio war, bei Gelegenheit desselben die Catonianische Regel erwähnt wird. Doch ist darauf weniger Gewicht zu legen, weil wir dieselbe überhaupt nur in wenigen Stellen ausdrücklich genannt finden. Bedeutender aber möchte Folgendes sein. Der Catonianischen Regel wird, wie wir gesehen haben, die Anwendbarkeit entschieden abgesprochen bei bedingten Legaten, und zwar keineswegs blos dann, wenn die Bedingung gerade auf die Aufhebung des zur Zeit der ersten Testamentserrichtung bestehenden Hindernisses gerichtet ist, sondern bei allen, irgendwie bedingten Legaten. Will man nun die Ungültigkeit des Legats wegen mangelnder testamenti factio blos auf die Catonianische Regel gründen, so muß man also consequent behaupten, daß bei bedingten Legaten testamenti factio des Legatars im Augenblick der Testamentserrichtung nicht erforderlich, und das Legat gültig gewesen sei, wenn nur zur Zeit der Erfüllung der Bedingung jener Mangel gehoben wäre. Ja, da die Catonianische Regel, wie wir gesehen haben, überhaupt bei allen Legaten nicht gilt, deren dies non morte testatoris cedit, so müßte auch z. B. unbedingt das Le-

Digitized by Google

gat eines Ususfructus an einen Peregrinen gültig gewesen sein, wenn nur derselbe vor der Antretung der Erbschaft Commercium erlangt hätte. Diese Meinung, die freilich von Vielen unbedenklich behauptet wird [9]), ist aber dem Römischen Sinne gewiß zuwider. Der Peregrinus konnte ja so wenig mit, als ohne Bedingung bei Geschäften Römischer Bürger, zu denen Commercium erforderlich war, betheiligt sein. Die Unrichtigkeit jener Behauptung erhellt auch aus L. 59. §. 4. D. de heredibus instituendis:

> Si heres institutus scribendi testamenti tempore ciuis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est; heres fit, si intra illud tempus, quo testator decesserit, redierit, aut si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio exsistit.

Es wird hier bei bedingter Erbeinsetzung gefordert, daß der eingesezte Erbe zur Zeit der Testamentserrichtung, und zur Zeit des Eintritts der Bedingung Römischer Bürger sei; dann wird hinzugesezt: Item et in legatis et in bonorum possessionibus. Man könnte zwar einwenden: in unserer Stelle werde nur gesagt, daß Verlust des Bürgerrechts nach der Testamentserrichtung nicht Ungültigkeit des Legats zur Folge habe, wenn nur im Augenblick des Eintritts der Bedingung wieder testamenti factio des Legatars vorhanden sei. Allein es wäre unnöthig, das auch nur zu bemerken, wenn bei bedingten Le-

9) Z. B. Thibaut System §. 796. nro. III. Wening-Ingenheim B. V. §. 8. Note x. Vgl. jedoch Mühlenbruch doctrina edit. III. §. 724. Note 3. 4. und Schröter obseruat. p. 107. Nirgendwo sagen unsre Quellen direct, daß bei bedingten Legaten der Legatar nicht von Anfang an testamenti factio zu haben brauche. Die Stellen welche ich dafür angeführt finde, sind entweder ganz unpassend, oder beweisen wenigstens nur unter der Voraussetzung, daß die Frage über testamenti factio des Legatars durchaus unter der Catoniana regula stehe, was eben noch zu bezweifeln ist.

Digitized by Google

gaten auf den Status des Legatars zur Zeit der Testamentserrichtung überhaupt gar nichts ankäme. Zudem ist es bei der Erbeinsetzung gewiß, daß testamenti factio des eingesetzten Erben in jenem Zeitpunkte nothwendig ist, zur Gültigkeit derselben, ut constiterit institutio; so wie sie zur Zeit des Anfalls der Erbschaft da sein muß, ut effectum habeat [10]). Diese Regel gilt auch ohne Zweifel bei der bonorum possessio secundum tabulas [11]). Es wäre also sehr unpassend, daß mit diesen die Legate ohne weiteres zusammengestellt werden, wenn doch bei den letzten die Sache sich übrigens wesentlich anders verhielte. Wir gehen aber noch weiter, und behaupten, daß auch unter der Bedingung der künftigen Fähigkeit das Legat bei mangelnder testamenti factio nicht gültig sei. Bei den Meisten [12]) zwar findet man die gegentheilige Behauptung, welche vorzüglich auf L. 62. D. de hered. instit. gestützt wird.

> In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, beneuolentiae est: veluti *Lucius Titius cum capere potuerit, heres esto.* Idem et in legato.

Allein diese Stelle bezieht sich, wie schon Andre [13]) eingesehen haben, nur auf die Capacität, nicht auf testamenti factio. Der Unterschied beider bestand — man kann

---

10) L. 49. §. 1. D. de hered. instituend.

11) An Ungültigkeit wegen mangelnder testamenti factio des Erben darf man denken bei L. 6. D. de bon. poss. secund. tab.

12) Z. B. Donell. l. c. §. 8. Thibaut und Wening-Ingenheim II. cc.

13) Schon Cujacius weiset auf diese Erklärung hin. S. dessen opp. postum. edit. Fabroti. Tom. I. col. 399. Bestimmter findet sie sich bei Vinnius ad §. 2. J. de hered. instit. Voet ad Pandectas, Tit. de hered. instit. §. 22. Müller, Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827. S. 86. Haffe im Rhein. Mus. III. S. 413. Not. 28.

Digitized by Google

jetzt sagen, bekanntlich [14]) — darin, daß der Incapax, wie der Latinus nach der Lex Junia Norbana, der Coelebs nach der lex Julia et Papia Poppaea, allerdings gültig im Testament eingesetzt oder mit Legaten bedacht werden, und nur das Gegebene nicht erlangen konnte, wenn er in derselben Lage blieb; während dagegen der, welchem testamenti factio fehlte, gar nicht gültig zum Erben eingesetzt werden konnte, so daß er, wenn auch zur Zeit der Delation successionsfähig, doch durch jene Erbeinsetzung nicht Erbe werden konnte [15]). Zur Beseitigung des Hindernisses der Incapacität gestatten selbst die Gesetze nach der Delation noch den bestimmten Zeitraum von 100 Tagen, in welchem der Honorirte durch Erlangung der Capacität das Legat erhalten könne [16]). Unsre Stelle nun

14) Müller und Hasse ll. cc.

15) Ulpian. XX. 8: Latinus Junianus et familiae emptor et testis et libripens fieri potest, quoniam cum eo testamenti factio est; und XXII. 3: Latinus Junianus, si quidem mortis testatoris tempore uel intra diem cretionis ciuis Romanus sit, heres esse potest: quodsi Latinus manserit, lege Junia capere hereditatem prohibetur. Vgl. L. 52. D. de legat. II. (Terent. Clemens lib. 3. ad leg. Jul. et Pap. Popp.): Non oportet prius de conditione cuiusquam quaeri, quam hereditas legatumue ad eum pertineat. Siehe noch Ulp. XVII. 2, vgl. mit L. 49. §. 1. L. 59. §. 4. D. de hered. instit. So wurde auch zur Gültigkeit der Erbeinsetzung eines fremden Sclaven und eben so zur Gültigkeit des einem solchen vermachten Legats unbedingt testamentis factio seines Herrn im Augenblick der Testamentserrichtung vorausgesetzt. L. 5. D. de scruit. legata. L. 82. §. 2. D. de legat. II. Aber die Erbeinsetzung des Sclaven eines Incapax war so wenig ungültig, daß vielmehr, selbst wenn zur Zeit der Delation der Herr noch incapax war, der vor Antretung der Erbschaft freigelassene oder veräußerte Sclave noch für sich selbst oder seinen neuen Herrn die Erbschaft erwerben konnte, wenn nur die Freilassung oder Veräußerung nicht in fraudem legis geschehen war. L. 82. D. de acquir. uel om. hered.

16) Ulpian. XVII. 2. Fragm. de jure fisci §. 3. Schon aus diesem Grunde konnte man sagen, wie es in L. ult. D. de reg. Cat. heißt: Regula Catoniana ad nouas leges non pertinet: was keineswegs, wie man früher wollte, verstanden werden kann: „Nach den neuen Gesetzen findet die Regel überhaupt keine Anwendung mehr," sondern: „sie findet keine Anwendung in Betreff der

Digitized by Google

beantwortet die Frage, ob man auch diese vom Gesetz gegebene Frist nach Belieben weiter ausdehnen und jemanden geradezu auf die Zeit zum Erben einsetzen oder ein Legat ertheilen können, wenn er dereinst capax sein werde, wobei aber vorausgesezt wird, daß er zur Zeit der Testamentserrichtung testamenti factio habe [17]). Wenn also das Legat an einen Peregrinus selbst unter der ausdrücklichen Bedingung, daß er künftig testamenti factio erlange, nicht gültig war, so ist es gewiß unrichtig, wenn man die Ungültigkeit des Legats wegen anfänglichen Mangels der testamenti factio in der Person des Legatars als einen der Hauptfälle, in welchem die Catonianische Regel sich wirksam zeige, aufzählt; indem grade eine Hauptbeschränkung, welche für diese Regel unbedingt aufgestellt wird, in jenem Falle nicht Statt findet.

Eine gleiche Bewandnis scheint es mir mit dem andern Falle zu haben, den man als den zweiten Hauptfall der Catonianischen Regel anzuführen pflegt; wenn die legirte Sache zur Zeit der Testamentserrichtung nicht in commercio ist. Unter res extra commercium verstehe ich hier nur diejenigen, welche ihrer Natur oder Bestimmung nach sich gar nicht im Eigenthum eines Privatmannes befinden können, wie die res diuini iuris, die res communes omnium und die res publicae im engsten Sinne, ebenso freie Menschen; nicht auch diejenigen Sachen, für welche nur eine Beschränkung im rechtlichen Verkehr, z. B. Verbot der Veräußerung, durch Gesetze bestimmt ist. Das Legat solcher Sachen nun, welche in

---

durch diese Gesetze eingeführten besondern Ungültigkeitsgründe der Legate." Vgl. Anm. 1 u. 4.

17) Auf dieselbe Frage bezieht sich auch L. 51. pr. D. de legat. II., welche schon durch die Inscription: Terent. Clemens ad Leg. Jul. et Pap. Popp. ihre besondere Beziehung bestimmt andeutet.

Digitized by Google

diesem strengen Sinne extra commercium waren, war durchaus nichtig [18]). Diese Sachen konnten auch eben so wenig unter einer Bedingung als pure, gültig legirt werden, und selbst auch unter der ausdrücklichen Bedingung, wenn sie künftig in commercio sein sollten, ist das Legat derselben ungültig. Denn man wird in dieser Beziehung von Legaten gewiß mit Recht dasselbe behaupten, was von Rechtsgeschäften unter Lebenden ausdrücklich gesagt wird [19]). Von dem legatum per uindicationem scheint sich dieses schon aus dem Grunde zu verstehen, weil dasselbe voraussezt, daß die Sache sich zur Zeit der Testamentserrichtung im quiritischen Eigenthum des Testators befinde [20]). Aber auch bei dem legatum per damnationem sind die aufgestellten Behauptungen aus den angegebenen Gründen sicher [21]). Wenn also auch das bedingte Legat einer absolut dem Commertium entzogenen Sache in keinem Falle gültig wird, die Catonianische Regel aber bei bedingten Legaten nicht anwendbar sein soll, so scheint mit Recht behauptet zu werden, daß die absolute Ungültigkeit jener Legate überhaupt nicht aus dem Prinzip des Cato abzuleiten ist. Auch kann es gar nicht auffallen, daß man eine testamentarische Verfügung z. B. über den Campus Martius u. dgl. schon an sich von Anfang an als in ihrem Keime nichtig behandelte, ohne daß man dabei erst nach dem möglichen Erfolge, falls der Testator gleich stürbe, fragte.

---

18) L. 39. §. 9. D. de legat. I. Campum Martium aut forum Romanum uel aedem sacram legari non posse constat. Vgl. §. 4. J. de legat.

19) L. 83. §. 5. D. de V. O. ..... ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: *illum, cum seruus esse coeperit, dare spondes?* item: *eum locum, cum ex sacro religiosoue profanus esse coeperit dari?* Vgl. §. 2. J. de inutil. stipulat. L. 137. §. 6. de V. O.

20) Ulpian. XXIV. 7. Vgl. jedoch unten §. 4.

21) Ulpian. l. c. §. 9.

Digitized by Google

§. 3.

Demnach müssen wir also die Catonianische Regel hauptsächlich auf solche Legate beziehen, welche nicht wegen eines Mangels der allgemein nothwendigen Voraussetzungen, wie wegen Unfähigkeit der Person oder der Sache, absolut ungültig sind, sondern nur wegen anderer zufälliger Umstände keinen Erfolg haben würden, wenn der Testator gleich im Augenblick der Errichtung des Testaments stürbe; und wirklich wird nur in Beziehung auf Fälle dieser Art unserer Regel ausdrücklich erwähnt [22]). Wir wollen die einzelnen Beispiele, die wir in den Quellen finden, durchgehen.

Eine Frage, welcher wir besonders häufig begegnen, welche auch vorzüglich geeignet ist, die Catonianische Regel zu erläutern, ist diese: ob demjenigen, der sich in potestate, manu oder mancipio eines eingesetzten Erben befindet, und umgekehrt, ob demjenigen, dessen Gewalt der eingesetzte Erbe unterworfen ist, aus dem Erbtheil dieses Erben gültig legirt werde? Das Letzte war unbedingt zulässig. Denn, wenn auch der Testator gleich nach der Errichtung des Testamentes starb, so konnte deshalb doch das Legat immer noch Erfolg haben, wenn vor Antretung der Erbschaft der Sohn emancipirt, oder der Sklave freigelassen, oder veräußert, ebenso, wenn Manus oder Mancipium aufgelöst wurde; indem alsdann der eingesetzte Erbe für sich selbst, oder seinen neuen Herrn die Erbschaft erwarb und nun von ihm der Vater oder frühere

22) Demnach wäre also der Ausspruch von Müller l. c. S. 89. daß sich die Catoniana regula „auf die Bedingungen der gültigen Errichtung eines letzten Willens, nicht aber auf jene des Erwerbs aus einem letzten Willen beziehe" nicht ganz zu billigen. Es ist gerade die Frage: könnte das Legat Erfolg haben, wenn der Testator jezt stürbe? Dabei wird aber vorausgesezt, daß die allgemeinen Bedingungen der gültigen Errichtung eines letzten Willens erfüllt sind.

Digitized by Google

Herr das Legat erhalten konnte. Freilich, wenn der Vater durch den Sohn, oder der Herr durch den Sklaven u. s. w. selbst Erbe wurde, so mußte das Legat wegfallen: euanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis. So entscheidet Gaius II. §. 245., und es muß darnach in Ulpian. fragm. tit. XXIV. §. 24:

> Ei, cuius in potestate manu mancipio est heres scriptus, legari *non* potest,

die Negation gewiß gestrichen werden, wie schon Cujacius [23]) behauptet und Schulting gebilligt hat. In den Justinianischen Institutionen [24]) wird nur noch der Sklave, nicht wie bei Gajus, auch der Filiusfamilias erwähnt: mit Recht, weil dieser nach Justinians Constitutionen selber Erbe wird, weshalb es gar keinen Zweifel leidet, daß dem Vater, in dessen Gewalt er sich befindet, aus seinem Erbtheil ein Legat gegeben werden kann. In den Pandekten sind dagegen noch mehrere hieher gehörige Stellen stehen geblieben, die sich auf den Filiusfamilias beziehen. So

> L. 17. in fine D. quando dies legat. (Julianus lib. 36. Dig.) — — si filio herede instituto patre legatum esset. Quod consistere intelligitur: eo quod, quamuis statim paterfamilias moriatur, potest emancipatus adire hereditatem, ut patri legatum debeat.

Eine weitere Anwendung dieses Satzes enthält L. 91. pr. D. de legat. I. (Julian. lib. 36. Digestor.), wo nämlich nach demselben Grundsatz die Frage beantwortet wird, ob einem Sohne oder Bruder des eingesetzten Filiusfamilias gültig legirt werde:

> Quaesitum est, si filiusfamilias, qui filium ha-

23) Obseruatt. lib. VI. cap. 37.

24) §. 33. J. de legat.

Digitized by Google

bebat, heres institutus fuisset, cum esset uterque in potestate aliena, an ab eo filio ejus legari possit. Respondi: Cum possit a filio patri legari, consequens est, ut uel fratri ipsius uel filio, uel etiam seruo patris sui legetur.

Diese Entscheidung war dem ältern Recht vollkommen entsprechend; denn obgleich, wenn die bestehenden Verhältnisse bis zur Antretung blieben, das Legat zerfallen mußte, weil Erbschaft durch den Sohn und Legat durch den Enkel oder andern Sohn auf dieselbe Person kam, den Vater nämlich, der die Gewalt über beide hatte; so konnte doch auch hier im Fall augenblicklichen Todes des Testators noch durch Emancipation des eingesetzten Erben das Legat und die Erbschaft getrennt werden. Nach dem Justinianischen Rechte ist aber zu diesen Erörterungen gar keine Veranlassung mehr, da ja das dem Sohne oder Bruder des eingesetzten Filiusfamilias verliehene Legat, mögen sie auch noch alle in der Gewalt des Vaters sein, immer, eben so gut wie jenem die Erbschaft, ihnen selbst, nicht mehr dem Vater erworben wird. Die angeführten Stellen enthalten indessen im Resultat für das Justinianische Recht keinen Widerspruch; sie sind nur nach diesem unpassend in ihren Entscheidungsgründen. Bedenklicher ist eine andere Stelle:

A filio herede etiam pure patri legari potest: nec interest, an die cedente legati in patris potestate sit. L. 25. D. de legat. I. (Paull. lib. III. ad Sabin.)

Dies ist richtig. Denn eben deshalb ist das Legat gültig, weil wenn auch in dem Augenblick der Testamentserrichtung, da das Gewaltsverhältniß noch besteht, dies legati cedirte, d. h. wenn der Testator gleich stürbe, die Erwerber der Erbschaft und des Legats doch noch verschiedene Personen sein könnten; es kann also auch nichts

Digitized by Google

darauf ankommen, ob zur Zeit des später erfolgenden Todes die Gewalt des Vaters noch besteht, wenn sie nur vor Antretung der Erbschaft aufgelöst ist. Die Stelle sagt weiter:

> Igitur et si iussu patris adita sit hereditas, imputabitur ei in Falcidiam.

Wenn der Sohn auf Befehl des Vaters die Erbschaft antrat, so war das Legat ungültig, als wäre es dem Erben aus seinem eignen Erbtheil gegeben; der Vater mußte also auch dasselbe in die Quarta falcidia einrechnen, obgleich sonst nicht eingerechnet wird, was der Erbe titulo singulari erhält [25]). Man könnte nur etwa den Ausdruck tadeln, da das Legat ungültig ist, also nicht von Einrechnung desselben die Rede sein kann; indessen kann auch dieser in der ursprünglichen Verbindung des Satzes gerechtfertigt werden, wenn man bedenkt, daß das Legat doch noch die cedente gültig war, und nur durch die nachherige Erwerbung der Erbschaft durch den Legatar seine Bedeutung verlor. Aber für das Justinianische Recht scheint er eine ganz verkehrte Bestimmung zu enthalten. Denn nach diesem erwirbt der Sohn, indem er auf Befehl des Vaters die Erbschaft antritt, diese sich selbst, nicht dem Vater; es scheint also völlig unpassend, daß dem Sohn das dem Vater gegebene Legat in die Falcidia eingerechnet werden soll. Offenbar haben die Compilatoren hier ein Versehen begangen. Nur wenn nach L. 8. Cod. de bon. quae liberis der Vater die dem Sohn deferirte, von diesem aber abgelehnte, Erbschaft auf eigne Gefahr und für sich antritt, muß das ihm gegebene Legat in die Falcidia eingerechnet werden, und nur auf diesen Fall allein kann man L. 25. cit. noch beziehen, ob-

25) L. 74. 76. 86. 91. D. ad leg. Falcid.

Digitized by Google

gleich die Worte si iussu patris adita sit hereditas ihn eben nicht gut bezeichneten.

Wir haben jetzt von dem Falle gesprochen, wenn demjenigen, dessen Gewalt der eingesetzte Erbe unterworfen ist, ein Legat gegeben ist, und gefunden, daß ihn die Catonianische Regel nicht treffe. Anders verhält es sich mit dem umgekehrten Falle, wenn dem, der sich zur Zeit der Testamentserrichtung in der Gewalt des eingesetzten Erben befindet, ein Legat hinterlassen worden ist. Nach Gai. II. 244. hatte Servius behauptet, daß auch ein solches Legat an sich immer gültig, und nur ohne Erfolg sei (euanescere legatum): si quo tempore dies legati cedere solet, adhuc in potestate sit; ideoque siue pure legatum sit, et uiuo testatore in potestate heredis esse desierit, siue sub conditione, et ante conditionem id acciderit, deberi legatum. Ueber die Zeit, da dies legati cedit, konnte er auf keinen Fall hinausgehen. Nicht bis zur Antretung der Erbschaft, wie im vorigen Falle; denn sobald dies legati cedit, ist dasselbe sogleich demjenigen erworben, in dessen Gewalt sich der Legatar befindet; dieser ist aber hier derjenige, welcher allein durch Antretung die Erbschaft erwerben kann, der also sich selbst das Legat zahlen müßte. Die Meinung des Servius nahm aber keine Rücksicht auf das Verhältniß zur Zeit der Errichtung des Legats; sie setzte sich also über die Catonianische Regel hinweg; deshalb wurde sie auch von den spätern Juristen verworfen. Die Sabinianer behaupteten, unter einer Bedingung zwar sei ein solches Legat gültig; unbedingt aber sei es ungültig:

> Sabinus et Cassius sub conditione recte legari, pure non recte putant: licet enim uiuo testatore possit desinere in potestate heredis esse, ideo tamen inutile legatum intelligi oportere, quia quod nullas uires habiturum foret, si statim

Digitized by Google

post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo ualere, quia uitam longius traxerit, absurdum esset.

Hier haben wir ganz die Catonianische Regel. Es ist kein absoluter Mangel in den Erfordernissen des vorhandenen Legats, da dem Hausſohne und Sclaven an sich gültig legirt werden kann. Aber wegen des jetzigen Verhältnisses desselben zu dem eingesetzten Erben könnte, wenn der Testator augenblicklich stürbe, das Legat keinen Erfolg haben, so wenig, wie das dem Erben selbst verliehene Legat. Obgleich nun dieses Verhältniß noch bei Lebzeiten des Testators, also bevor wirklich dies legati cedit, sich ändern könnte, so muß doch das Legat nach jener Regel ungültig sein. Ist das Legat bedingt, so findet die Regel keine Anwendung; weil man dann nicht sagen kann, daß dasselbe bei gleich erfolgendem Tode des Testators nullas uires habe. Nur wenn existente conditione die Gewalt des Erben noch besteht, ist es nothwendig erfolglos. Die Proculianer aber waren noch strenger. Sie sagten, auch bedingt sei ein solches Legat nicht gültig: quia quos in potestate habemus, eis non magis sub conditione, quam pure debere possumus. Obgleich gewöhnlich bei bedingten Legaten die Catonianische Regel nicht anwendbar ist, so behaupten sie dennoch in unserm Falle nach strenger Beurtheilung desselben die Ungültigkeit des Legats. Denn stürbe der Testator gleich, so argumentirten sie, so müßte man annehmen, daß der Herr oder Vater als eingesetzter Erbe dem Untergebenen unter einer Bedingung das Vermachte schuldig sei: man könne aber den seiner Gewalt untergebenen Personen auch nicht bedingt verpflichtet sein; also wäre in jedem Falle, wenn der Testator gleich stürbe, das Legat unwirksam, und müsse dann nach der Catonianischen Regel überhaupt ungültig sein. Nach ihrer Meinung fand also hier der Natur des

Digitized by Google

Falles nach die sonst geltende Beschränkung der Catonianischen Regel nicht Statt. Die mildere Meinung der Sabinianer verdient aber wohl den Vorzug. Denn das von den Proculianern angezogene Argument paßt vorerst nicht auf das legatum per vindicationem, welches ursprünglich kein debere des Erben, sondern directen Uebergang des legirten Rechts begründet. Dieser Uebergang tritt nun immer erst die legati cedente, d. i. bei bedingten Legaten conditione exsistente ein, und es kommt also nur darauf an, ob er in diesem Zeitpunkte nach den Verhältnissen Erfolg haben kann. Aber auch von dem legatum per damnationem, welches zunächst nur eine Forderung gegen den Erben gäb, konnte man nicht sagen, daß dadurch ein debere sub conditione begründet werde, wie durch eine bedingte stipulatio. Wäre dies der Fall, so müßte die bedingte Forderung auch auf die Erben des Creditors übergehen, wenn dieser vor Eintritt der Bedingung stirbt; was bekanntlich nicht geschieht. Mit Recht also sahen die Sabinianer nur darauf, ob conditione exsistente die Entstehung der Obligatio möglich war, und behaupteten, da dieser Zeitpunkt über den Tod des Testators hinausführen kann, daß das Legat bei augenblicklich erfolgendem Tode nicht nothwendig erfolglos, und also nicht nach der Catonianischen Regel ungültig sei. Ihre Meinung hat dann auch in der Folge, wie es scheint, das Uebergewicht behalten, wie man vermuthen darf nach Ulpian. tit. XXIV. §. 23:

> Ei, qui in potestate, manu, mancipioue est scripti heredis, sub conditione legari potest: ut requiratur, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit;

und sie ist in die Justinianischen Institutionen [26]) ohne

26) §. 32. J. de legat.

Digitized by Google

Berührung des betreffenden Schulenstreites aufgenommen. Diese erwähnen jedoch auch hier wieder nur des Sklaven, weil der Filiusfamilias nach Justinianischem Recht selbst das Legat erwarb, also bei ihm die Veranlassung zu dieser Frage ganz wegfiel.

Aus demselben Grunde, aus welchem der Testator nicht pure dem Sklaven des eingesetzten Erben etwas vermachen konnte, war auch das Legat, welches er seinem eigenen Sklaven unbedigt hinterließ, nach der Catonianischen Regel ungültig. — Denn starb der Testator in demselben Augenblicke, so wäre das Legat durch den Sklaven gleich der Hereditas, und durch diese dem spätern Erben erworben, also auf jeden Fall in eiusdem personam et emolumentum legati et obligatio iuris concurreret [27]; selbst wenn auch etwa der Sklave nach dem Tode des Testators vor Antretung der Erbschaft zur Belohnung ohne Mitwirken des Herrn, oder weil er Statuliber war und die Bedingung seiner Freiheit eintrat, die Freiheit erlangt haben sollte [28]. Daher konnte auch einem gemeinschaftlichen Sklaven nicht pure legirt werden, wenn der Miteigenthümer allein zum Erben eingesetzt war; unter einer Bedingung war es möglich [29]. War aber dem Sklaven im Testamente zugleich die Freiheit vermacht, so konnte ihm auch unbedingt gültig legirt werden. Zwar erlangt er die Freiheit erst adita hereditate [30], und da nun dies legati morte testatoris cedit, so konnte man

27) L. 17. D. quando dies legat.

28) Vgl. L. 90. D. de hered. instit.

29) L. 89. D. de hered. instit. Si socius heres institutus sit ex asse et seruo communi legetur pure sine libertate, legatum non constitit. Plane sub conditione ei utiliter et sine libertate legabitur: quoniam et proprio seruo ab herede recte sub conditione legatur. Die Worte sine libertate sind interpolirt. Vgl. §. 4. J. de donat.

30) L. 23. §. 1. L. 25. D. de manumissis testamento.

Digitized by Google

glauben, daß auch das Legat nichtig sei, weil es bei gleich erfolgendem Tode des Testators erst dem Sklaven als solchem, und durch ihn der Hereditas erworben wurde; und nur necessario herede instituto müßte es gültig sein. Allein hier war nichts natürlicher, als daß man auch den Anfall eines solchen Legats wie den Eintritt der Freiheit auf den Zeitpunkt der Erbantretung verschob [31]). Daher konnte die Catonianische Regel dann hier nicht mehr Anwendung finden, quia non a morte testatoris dies legati cedit. Selbst wenn die Freiheit unter einer Bedingung, das Legat unbedingt vermacht worden, war dieses doch nicht nothwendig ungültig; wofern es nur möglich war, daß die Bedingung der Freiheit vor Antretung der Erbschaft noch nach dem Tode des Testators erfüllt wurde.

L. 86. D. de condit. et dem. (Maecianus lib. III. fideicommissorum.)

Cum uero libertas sub conditione, legatum autem praesenti die datum est: in hoc quaestio est, an constiterit legatum? etenim nec Catonianae sententiae locum in proposito esse, quia, etsi statim decessisset testator, non tamen omnimodo inutile esset legatum, cum posset conditio libertatis ante aditam hereditatem impleri et legatum manumisso deberi.

Nur wenn ein necessarius heres eingesetzt war, würde in diesem Falle das Legat bei gleich erfolgendem Tode unwirksam sein; weil dann dies legati a morte testatoris cedit, also zu einer Zeit, da pendente conditione libertatis der Legatar noch Sklave des Erben ist: daher setzt Maecian hinzu: nisi forte necessarius heres ex-

31) L. 7. §. 6. L. 8. D. quando dies legat.

Digitized by Google

stitisset: tunc enim omnimodo inutile erit legatum iure ipso, quia sub conditione acceperit legatum.

Auch wenn ein Sklave einem andern vermacht, und nun diesem selben Sklaven auch ein Legat hinterlassen war, nahm man an, daß der Anfall dieses letzten dem Sklaven hinterlassenen Legats erst adita hereditate eintrete.

Iulianus lib. 36. Digestor. (L. 17. D. quando dies legat.)

Cum legato seruo aliquid legatur, dies eius legati, quod seruo datur, non mortis tempore, sed aditae hereditatis cedit.

Der Grund dieser Ausnahme war ein ganz ähnlicher, wie im vorigen Falle. Wenn der Sklave per uindicationem legirt war, so erwarb der Legatar das Eigenthum dieses Sklaven erst durch Antretung der Erbschaft [32]). Bis zu dieser aber müssen wenigstens die Sabinianer consequent angenommen haben, daß er seruus hereditatis sei [33]). Wenn nun der Anfall des diesem Sklaven hinterlassenen Legats im Augenblick des Todes Statt fände, so würde dasselbe der Erbschaft selbst immer zufallen, also nichtig sein. Da aber der Testator, indem er dem legirten Sklaven etwas vermachte, offenbar den Uebergang des Sklaven auf den Legatar im Auge gehabt hat, so war es hier ebenso natürlich, wie oben beim Freigelassenen, allgemein anzunehmen, daß dies legati erst adita hereditate eintrete. Ideo, fährt Julian fort, impedimento non est regula iuris, quominus manumisso legatum debeatur; quia etsi confestim paterfamilias moreretur, non in eiusdem personam emolumentum legati et obligatio iuris concurreret. Julian sagt: da jenes Legat zu denen gehört, deren dies adita

32) Gai. II. §. 195.

33) Nach Gai. II. §. 200.

Digitized by Google

sondern auch vor Antretung der Erbschaft auf die Erben desselben mit gleichem Wahlrecht transmittirt werden sollte. Demnach könnte man nun glauben, und es scheint auch Harnier's [35]) Meinung zu sein, daß L. 13. pr. cit. mit dem Justinianischen Rechte nicht harmonire, daß namentlich der letzte Zusatz nach diesem eine Unrichtigkeit enthalte, weil nun immer dies legatae optionis morte testatoris cedit, also dies Legat früher oder wenigstens zu gleicher Zeit mit dem Legat, welches dem Sklaven hinterlassen ist, anfällt. Allein der Grund der Entscheidung unseres Fragments liegt nicht darin, daß das legirte Wahlrecht von dem Legatar selbst ausgeübt werden mußte, und nicht auf dessen Erben transmittirt wurde; sondern darin, daß die wirkliche Wahl unter den Sklaven erst nach Antretung der Erbschaft vorgenommen, also erst dann entschieden werden konnte, ob der einzelne Sklave, dem etwas hinterlassen war, einem andern, als dem Erben zufiel. Dies ist aber im Justinianischen Recht ebenso geblieben, und nur das geändert worden, daß nun die optio legata schon früher auf die Erben des Legatars transmittirt wird.

Von den bis jetzt angeführten Anwendungen der Catonianischen Regel waren einige, nämlich diejenigen, welche die in patria potestate, manu oder mancipio befindlichen Personen betreffen, schon im Justinianischen Rechte weggefallen; die übrigen auf die Sklaven sich beziehenden sind für unser gemeines Recht ebenfalls unbedeutend geworden. Ein andrer auch für dieses noch wichtiger Fall aber, der hieher gehört, ist das Legat einer eigenen Sache des Legatars. Per uindicationem konnte Jemanden seine eigene Sache schon aus dem Grunde nicht gültig legirt werden, weil sie nicht, wie das bei jeder speciell bezeichneten Sache zur Gültigkeit eines solchen Le-

35) l. c. §. XXI.

Digitized by Google

gats erfordert wurde, zur Zeit der Testamentserrichtung im quiritischen Eigenthum des Testators war: und auch an sich vertretbare Sachen, sobald bestimmte, jetzt im Eigenthume des Legatars befindliche als Gegenstand des Legats angegeben waren, mußten hier als specielle corpora betrachtet werden, bei denen dieselbe Regel galt. Es fragt sich also nur, ob das Legatum per damnationem, oder nach dem Neronianischen Senatsbeschluß auch das Legatum, welches der Form nach ein Vindicationslegat war, als Damnationslegat gültig sein konnte, wenn der Gegenstand des Legats eine im Augenblick der Testamentserrichtung dem Legatar eigene Sache war?

Dies war nun ebenfalls blos nach der Catoniana regula nicht der Fall. Denn starb der Testator gleich nach Errichtung des Legats, so war dies Legat ohne Erfolg, weil Niemanden seine eigene Sache noch gegeben werden, Niemand also eine Forderung gegen einen andern haben kann, daß ihm diese Sache gegeben werde [36]). Unter einer Bedingung dagegen ist ein solches Legat gültig, und zwar nach dem, was oben (§. 1.) über den Umfang der Catonianischen Regel gesagt worden ist, keineswegs blos, wie viele meinen [37]), unter der Bedingung *si rem alienauerit*, sondern unter jeder andern. Denn, mag auch

---

36) §. 10. I. de legatis: Sed si rem legatarii quis ei legauerit, inutile est legatum; quia quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest, et licet alienauerit eam, non debetur nec ipsa nec aestimatio eius.

37) So Thibaut System §. 752: „Die eignen Sachen des Legatars können demselben nur bedingt auf den Fall der künftigen Veräußerung derselben vermacht werden. Ist das Legat unbedingt, so ist es auf immer ungültig." Dabei wird auf §. 10. I. de legat. und L. 1. §. 2. de regula Caton. verwiesen. Eben so Mühlenbrüch doctrina pandectarum edit. III. §. 732. ... plerumque inutile est legatum, nisi ... adiecta conditione *si eam rem uiuo testatore alienauerit* scriptum sit legatum. Man sehe dagegen Vinnius ad §. 10. I. cit. und Voet ad Pandectas de legatis et fideicomm. §. 29.

Digitized by Google

wenn gleich ohne dessen Erbantretung das Testament und so mit auch das darin ausgesetzte Legat nicht bestehen konnte, auf den Legatar übertragen werden, so daß dieser die vermachte Sache sofort ex iure Quiritium vindiciren konnte [40]). Um diese Wirkung durch seine testamentarische Verfügung hervorbringen zu können, mußte der Testator selbst wenigstens am Ende seines Lebens jenes Eigenthum gehabt haben. Daß nun dieses nach obigem Satze auch schon zur Zeit der Testamentserrichtung der Fall sein sollte, damit das Legat gültig wäre, das scheint man allerdings als eine bloße Anwendung des Catonianischen Grundsatzes betrachten zu dürfen, wie auch Hugo schon angedeutet hat [41]). Von selbst bietet sich dann die weitere Frage dar, ob denn auch die oben in §. 1. dieser Abhandlungen erwähnten Beschränkungen der Catonianischen Regel in der genannten Beziehung Statt gefunden haben? Nach bejahender Beantwortung dieser Frage würde bei allen Vindicationslegaten, deren dies non a morte testatoris cedit, namentlich also bei bedingten Vindicationslegaten nicht erforderlich gewesen sein, daß dem Testator zur Zeit der Testamentserrichtung oder des Todes das quiritische

40) Gai. II. 194.

41) R. Rechtsgesch. 11. Aufl. S. 569. . . . „wobei denn aber der Testirer auch selbst dieses Eigenthum (ex iure Quiritium) gehabt haben muß, und zwar, jetzt wenigstens, seit der regula Catoniana, nicht blos zur Zeit seines Todes, sondern auch zur Zeit des Testirens." — Nach dieser Ansicht müßte man consequent auch annehmen, daß der Testator, um res quae pondere, numero, mensura continentur gültig per vindicationem vermachen zu können, zur Zeit der Testamentserrichtung eine so große Quantität, als er vermachen wollte, von dem bestimmten Genus in vollem Eigenthum gehabt haben müsse; denn sonst würde ja bei gleich erfolgendem Tode desselben das Legat ohne Erfolg gewesen sein. Nur das wäre bei dem Legat solcher Sachen gleichgültig gewesen, ob der Testator nachher, zur Zeit seines Todes, noch gerade dieselben Species dieses Genus im Vermögen hatte, weil es hier nur auf das Genus ankam. Allein Gajus und Ulpian (vgl. Note 39.) sind dieser Annahme keineswegs günstig. Man vergleiche auch Puggé im Rhein. Museum II. S. 293.

Digitized by Google

Eigenthum der Sache zugestanden habe, was denn auch von Harnier behauptet wird [42]). Dieser Meinung scheint jedoch schon der Umstand ungünstig zu sein, daß sowohl Gajus als Ulpian die oben erwähnte Regel für Vindicationslegate allgemein und unbedingt aussprechen und einer Modification dieser Regel bei bedingten Legaten nicht gedenken, während doch Gajus in §. 200. von andern Eigenthümlichkeiten bedingter Vindicationslegate spricht. Noch bedeutendere Zweifel gegen jene Meinung ergeben sich aus der Natur bedingter Vindicationslegate selbst. Auch durch diese ging nehmlich, sobald die Bedingung erfüllt war, die legirte Sache, selbst wenn sie der Erbe inzwischen veräußert hatte, ipso iure in das Eigenthum des Legatars über, so als hätte dieser schon von dem Tode des Testators an das Eigenthum gehabt, und in demselben Verhältniß wie die Sache dem Testator gehört hatte oder jetzt gehören würde [43]). Es stand also auch hier vermittelst einer Fiction ein unmittelbarer Uebergang des Eigenthums vom Testator auf den Legatar Statt. Darnach aber scheint es natürlich, daß man auch hier Eigenthum in der Person des Testators voraussetzte; und wenn dies der Fall war, so mußte dann nach der Catonianischen Regel dasselbe auch schon im Zeitpuncte der Testamentserrichtung erfordert worden sein. Man könnte zwar hiegegen einwenden: da die Hereditas als eine Person mit dem Erblasser betrachtet werde, so müsse es genügend gewesen sein, wenn nur vor Erfüllung der Bedingung die legirte Sache in dem erbschaftlichen Vermögen vorhanden gewesen sei. Aber dies würde doch nur etwa für die Zeit bis zur Antretung der Erbschaft passend sein,

42) Diss. cit. §. X. und §. XXVI.

43) L. 69. §. 1. L. 81. pr. D. de legat. I. L. 105. D. de cond. et demonstr.

Digitized by Google

es hätte jemand sub conditione seinem eignen Sklaven etwas per uindicationem vermacht. Eben so könnte es sich mit dem Vermächtniß der Freiheit verhalten. Nach der Lex Aelia Sentia z. B. war die testamentarische Freilassung eines Sklaven unter 30 Jahren der Regel nach ungültig. War nun der freizulassende Sklave zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht 30 Jahre alt, so war es doch möglich, daß er bis zur Antretung der Erbschaft dieses Alter erreicht hätte. Die Catonianische Regel also würde hier der Gültigkeit der Freilassung nicht im Wege gestanden haben: wir können aber freilich nicht sagen, ob nicht das Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben hat oder doch seinem Zusammenhange nach so auszulegen gewesen ist, daß der Freizulassende das erwähnte Alter schon zur Zeit der Testamentserrichtung erreicht haben müsse. Nach dieser Betrachtung braucht man also trotz jener Stellen die Meinung des Cujacius und Donellus noch nicht durchaus aufzugeben, und wir erhalten dadurch zugleich eine sprechende Analogie für die oben aufgestellte Ansicht, nach welcher auch bei bedingten Vindicationslegaten „utroque tempore" quiritisches Eigenthum des Testators vorauszusetzen gewesen wäre, obgleich übrigens bei solchen Legaten die Catoniana keine Anwendung fand.

Wir wollen uns jedoch nicht verhehlen, daß dieser Ansicht noch gewichtige Bedenken entgegenstehen. Nach derselben müßte nämlich consequent auch zur Gültigkeit des Vindicationslegats eines Ususfructus nothwendig der Testator das Eigenthum der Sache, an welcher der Ususfructus vermacht werden sollte, in den beiden oft bezeichneten Zeitpunkten gehabt haben, obgleich der dies legati ususfructus bekanntlich erst adita hereditate cedit. Man könnte auch eine Bestätigung dafür finden wollen in Vatican. fragm. §. 85., wornach das Vindicationslegat des Ususfructus an einer fremden Sache nur ex Senatuscon-

Digitized by Google

sulto Neroniano confirmirt wurde. Allein es scheint uns geradezu entgegen zu stehen L. 24. §. 1. D. de legat. I. Pomponius lib. 5. ad Sabinum:

> Si usumfructum habeam eumque legauerim, nisi postea proprietatem eius nactus sim, inutile legatum est.

Es liegt sehr nahe, bei dieser Stelle an ein Vindicationslegat zu denken, da per damnationem unbedenklich selbst an einer fremden Sache der Ususfructus legirt werden konnte. Demnach hätte Pomponius das Vindicationslegat des Ususfructus von Seiten des Usufructuars als gültig behandelt, wenn dieser nur nach Errichtung des Testaments die Proprietät der Sache zu dem Ususfructus hinzuerwarb. Er mußte consequent dieses Legat auch dann als gültig angenommen haben, wenn erst nach dem Tode des testirenden Usufructuars vor Antretung der Erbschaft das Eigenthum der Sache in die Erbschaft kam, z. B. durch einen Erbschaftssklaven oder durch den Ablauf der Usucapionsfrist. Denn wollte er dies nicht zugeben, so würde das Legat, falls der Testator gleich im Augenblick der Testamentserrichtung, da er das Eigenthum noch nicht hat, stürbe, keinen Erfolg haben, es müßte also nach der Catonianischen Regel überhaupt ungültig sein; und Pomponius mußte entweder diese Regel nicht anerkennen oder er käme mit sich selbst in Widerspruch. Sonach würde diese Stelle ergeben, daß, um den Ususfructus gültig per uindicationem zu legiren, der Testator weder zur Zeit des Todes noch zur Zeit der Testamentserrichtung das Eigenthum der Sache zu haben brauchte, sondern daß es genügte, wenn dieses zur Zeit der Antretung der Erbschaft in derselben enthalten war. Man könnte jedoch unsere Stelle noch etwa durch die Eigenthümlichkeit des Falles als eine Ausnahme von der Regel erklären. Der Testator hat doch zur Zeit der Te-

Digitized by Google

stamentserrichtung den Ususfructus, den er legiren will; Si usumfructum habeam, ist der Vordersatz, welcher anzudeuten scheint, daß wer weder die Proprietät noch den Ususfructus hat, den Ususfructus nicht gültig per uindicationem legiren würde. Freilich aber hat der Testator den Ususfructus nicht so, daß er ihn auf einen Andern nach seinem Tode übertragen könnte, mit welchem sein Recht vielmehr nothwendig endet. Wir müßten also dem Pomponius doch eine mildernde Inconsequenz zur Last legen. Es fragt sich aber weiter noch, ob nicht vielleicht unsere Stelle eine wesentliche Interpolation durch die Compilatoren erfahren hat? Man könnte dieses anzunehmen um so geneigter sein, da wir von der Voraussetzung ausgegangen sind, daß dieselbe auf den alten Unterschied der Legate Rücksicht nehme. Es könnten etwa die Compilatoren, freilich auch nicht sehr verständig, nisi statt etsi gesetzt, oder gar den ganzen Zwischensatz, der mit nisi anfängt, eingeschoben haben. Aber dies wird unwahrscheinlich, wenn wir die ganz analoge Entscheidung des umgekehrten Falles (wenn wer die nuda proprietas hatte, den Ususfructus legirt), in L. 72. D. de usufructu vergleichen. Wer nur nuda proprietas hatte, konnte streng genommen den Ususfructus nicht per uindicationem legiren, weil der Inhalt des Ususfructus aus seinem Eigenthum ausgeschieden war. Maecianus aber nahm dennoch an, daß das Legat gültig sei, wenn nur vor Antretung der Erbschaft der Ususfructus wieder mit der Proprietät vereinigt war. Ja er ging noch weiter (Plus admittit Maecianus) und behauptete dasselbe auch im Fall einer noch spätern Wiedervereinigung des Ususfructus mit dem Eigenthum. Dies letzte ließe sich denn nur etwa so rechtfertigen, daß man das Legat des Ususfructus in diesem Falle als Legat des dem Testator zustehenden Rechts auf den Rückfall des Ususfructus betrachtete. Es

Digitized by Google

ginge aber daraus hervor, wie die spätern Juristen zu möglichster Milderung der strengern Grundsätze in dieser Beziehung geneigt waren; und es dürfte uns dann nicht wundern, hier auch einmal eine kleine Inconsequenz zu finden. Allein man bedenke ferner noch, daß zur Zeit des Pomponius schon lange der Neronianische Senatsbeschluß bestand, nach welchem das blos wegen Mangels der eigenthümlichen Erfordernisse des Vindicationslegats ungültige Vermächtniß immer als legatum per damnationem aufrecht erhalten werden konnte. Per damnationem konnte aber auch an einer fremden Sache der Ususfructus legirt werden; also, sollte man meinen, mußte auch derjenige, welcher den Ususfructus an einer fremden Sache hatte, an dieser Sache den Ususfructus gültig legiren können, und die Gültigkeit dieses Legats konnte nicht abhängig davon sein, daß der Testator später noch die Proprietät erwarb. Demnach muß es befremden, daß Pomponius noch so schlechthin sagt: nisi postea proprietatem eius nactus sim, inutile legatum est. Noch befremdender aber lautet dieses im Justinianischen Recht, in welchem der alte Unterschied der Legate völlig verschwunden ist, und gewiß das Legat des Ususfructus eben so wie das des Eigenthums einer fremden Sache in jeder Form, so fern nur der wirkliche Wille des Testators sich darin ausspricht, wirksam ist. Dies führt uns darauf, unsere L. 24. §. 1. noch von einer andern Seite anzugreifen, mit Rücksicht nämlich auf den muthmaßlichen Willen des Testators. Es ist bekannt, daß das Legat einer fremden Sache keineswegs unbedingt gültig ist, wenn der Testator nicht wußte, daß sie fremd war [48]). So könnte man auch, wenn der Usufructuar den Ususfructus legirt, Bedenken tragen, anzunehmen, daß er etwas ihm nicht Ge-

48) L. 6. Cod. de legatis. §. 5. I. eodem.

Digitized by Google

Latein. Synonyme III. S. 137. bemerkt. Das usurpare kann daher nach Umständen dem uti voraus gehen: credo usuros veteres illos fuisse, si jam nota et usurpata res esset.

In früheren Zeiten indeß legte man gewiß auf das rapere in usurpare größeres Gewicht, und dachte dabei durchgängiger an ein Ergreifen des Gebrauchs zum Nachtheile Andrer. Usurpare wurde der Gegensatz von usucapere; usurpatio est usucapionis interruptio, ein störendes Entziehen des Gebrauchs, wodurch das Ersitzen der Sache gehindert wird. Eine mulier usurpata ist nach der bekannten Bestimmung die, welche ein trinoctium außer dem Hause des Mannes gewesen ist, und sich dadurch dem usus entzogen hat. Vgl. Hugo's elfte R. G. S. 156.

Grade dieser Sprachgebrauch, den wir für recht alt zu halten Grund haben, verträgt sich nicht mit der Ansicht Döderlein's, Lat. Syn. III. S. 136, daß usurpare eine Art von Desiderativum von uti sei, also ein: nach dem Gebrauche streben, bezeichne; abgesehn davon, daß sich doch gar keine befriedigende Analogie für eine solche Art von Desiderativen aufstellen läßt.

Dagegen kann ich für usurpare aus usum rapere eine in die Augen fallende Analogie in jurgare hinzufügen. Wenn navigare, remigare, litigare, fumigare deutlich aus navem, remos, litem, fumum agere hervorgegangen ist: so kann es nicht zweifelhaft sein, daß jurgare aus jurigare, dies aus jure agere abzuleiten ist. Gewiß ist dies viel natürlicher, als mit Eutychius (L. II. c. 7. p. 185. Lindemann) eine Zusammenziehung von jurgare aus jure urguere anzunehmen. Jurgare entspricht daher ungefähr unserem deutschen Verbum "Rechten";

Digitized by Google

es hat ursprünglich nichts Gehässiges und ist sogar milder als litigare (Nonius s. v. jurgium, p. 430. Mercer.); später bezeichnet es wenigstens einen sich mit Worten begnügenden Streit, und steht bei Tacitus und Juvenal der rixa, welche in Thätlichkeiten übergeht, entgegen.

Jurgia prima sonare
Incipiunt animis ardentibus: haec tuba rixae.

Juvenal. XV, 51.

Digitized by Google

IX.

Ueber die Catonianische Regel.

Von Herrn Dr. Arndts
in Bonn.

Es ist wohl eine in ihrer Art einzige Erscheinung in der Literargeschichte des Römischen Rechts, daß bis auf die neueste Zeit die Anwendbarkeit der Catonianischen Regel nach Justinianischem Recht kaum bezweifelt wurde, während fast allgemein die Meinung herrschte, daß dieselbe in dem ganzen Zeitraume von der Lex Julia et Papia Poppaea bis zu Justinians Const. unic. Cod. de caducis tollendis unpractisch gewesen sei: daß dagegen jetzt die letzte Meinung mit siegreichen Gründen widerlegt [1]), die heutige Anwendbarkeit der Catonianischen Regel aber bestritten, und schon von mehrern in Abrede gestellt worden ist [2]). Diese neue Ansicht, nach welcher die

1) S. Harnier de regula Caton. Heidelb. 1820. §. XI.
2) Zuerst bekanntlich von Schoemann Handb. des Civilr. II. nro. VIII. Dann auch von Löhr im Mag. für Rtsw. u. Gsgg. III. S. 196. ff. Nachdem dagegen Harnier l. c. §. XIV–XVII. die ältere Ansicht vertheidigt und auch Roßhirt im Arch. f. civ. Praxis X. nro. XIV. für dieselbe gesprochen hatte, ist wieder für Schoemann's Theorie als Verfechter aufgetreten Guyet: Abhandl. aus dem Gebiete des Civilr. Heidelberg 1829. nro. V. Die lezte haben auch angenommen unter andern Thibaut System §. 808.

Digitized by Google

Catonianische Regel aus dem Justinianischen Rechte ganz verbannt wäre, hat indessen nicht bei Allen Eingang gefunden [3]), und sie scheint mir auch durch die neueste Abhandlung über diesen Gegenstand noch keineswegs sicher begründet. Vielmehr scheinen mir immer noch wichtige, zum Theil nicht beachtete Gründe, für die ältere Meinung zu sprechen. Auch was über die Bedeutung und den Grund unserer Regel in den neuesten Untersuchungen gesagt worden ist, möchte noch manche Berichtigungen zulassen. Man wird daher die Mittheilung des gegenwärtigen Versuches billig entschuldigen, wenn er sich nicht durch den Inhalt selbst rechtfertigen sollte.

§. 1.

Die nach einem der Catonen benannte Regel für Vermächtnisse lautet nach Celsus in L. 1. D. de regula Catoniana folgendermaßen:

> Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non ualere.

Sie erfordert demnach zur Gültigkeit des Legats, daß alle Verhältnisse schon zur Zeit der Errichtung des Testaments so beschaffen seien, daß der wirkliche Anfall des Legats augenblicklich mit Erfolg Statt haben könnte; der zufällige Umstand, daß die zu jener Zeit bestehenden Gründe der Ungültigkeit etwa noch vor dem Tode des Testators weggefallen sind, soll in der Regel das Legat nicht gültig machen.

Schweppe Röm. Privatr. Dritte Aufl. §. 882. Hugo Röm. Rtsgsch. 11te Aufl. S. 1003. 1126. Schilling Bemerkungen über Röm. Rtsgsch. Leipzig 1829. S. 24. Anm. 33.

3) Vgl. z. B. Mühlenbruch doctrina pandectarum edit. II. §. 575. und jetzt edit. III. §. 766. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Vierte Aufl. B. V. §. 103. Schröter obseruat. jur. ciuil. Jenae 1826. p. 105.

Digitized by Google

Die Regel findet jedoch keine Anwendung auf solche Legate, deren Anfall ihrer besonderen Natur nach nicht wesentlich in dem Augenblick des Todes des Testators sich ereignet [4]: daher namentlich auch nicht auf bedingte Legate, deren Bedingung noch nach dem Tode des Testators eintreten kann [5]. Von diesen Legaten nämlich kann man, wenn auch im Zeitpunkt der Errichtung ein Hinderniß ihrer Gültigkeit vorliegen sollte, doch keineswegs behaupten, daß sie ungültig sein würden, wenn der Testator gleich nach Errichtung des Testaments gestorben wäre; denn es bleibt auch nach dem Tode des Testators bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Legat ohnehin erst wirksam werden soll, noch ein freier Zeitraum übrig, in welchem sich die Verhältnisse zu Gunsten des Legats ändern können.

Man erklärt gewöhnlich [6] durch diesen Satz von bedingten Legaten auch die Entscheidungen der Fälle in L. 1.

4) L. 3. D. h. t. (Papinian. lib. 15. quaestion.): Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. Wegen dieser Stelle glaubte man früher, daß seit der Lex Julia et Pap. Popp. die Catonische Regel keine Anwendung mehr gefunden habe, da nach jenem Gesetze der Anfall der Legate allgemein erst mit Eröffnung des Testaments eintreten sollte. Aber Harnier (not. 1. cit.) hat gezeigt, daß hier der Ausdruck dies cedit in einer andern Bedeutung genommen werden muß, als in der erwähnten Bestimmung der Lex Julia et Pap. Popp. Diese wollte nur, daß ante apertas tabulas die Legate nicht auf die Erben transmittirt würden, hob aber übrigens die Unterschiede zwischen den Legaten, welche nach dem Willen des Testators als gleich vom Tode desselben an erworben gelten sollten und denjenigen, denen ein späterer Termin des Anfalls entweder durch die Natur der Sache oder durch besondere Verfügung des Testators gesetzt war, keineswegs auf.

5) L. 4. D. h. t. (Ulpian. lib. 10. ad Sabin.): Placet, Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere. L. 41. §. 2. in fin. D. de legat. I.: ad conditionalia Catoniana non pertinet. Es versteht sich, daß auch in dieser Beziehung die legata in diem incertum den bedingten gleich stehen. L. 75. D. de cond. et dem.

6) So z. B. Donellus comment. de iure ciuil. lib. VIII. cap. 13. §. 4.; Harnier l. c. §. XXVI.

Digitized by Google

§. 1. 2. D. h. t. Dies ist aber unrichtig. Quae definitio, sagt Celsus in L. 1. pr., nachdem er die Catonianische Regel angegeben hat, in quibusdam falsa est; und fährt dann fort:

§. 1. Quid enim, si quis ita legauerit: *si post Calendas mortuus fuero, Titio dato?* an cauillamur? Nam hoc modo, si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum, uerius est, quam inutiliter datum.

§. 2. Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, *si eum uiuo testatore alienaueris* [7]): legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset.

Celsus erklärt die Catonianische Regel in diesen Fällen für falsch, weil sie den Worten nach auf dieselben anwendbar wäre, dennoch aber diese Legate als gültig anerkannt werden müßten. Es sind nämlich diese Vermächtnisse durch zukünftige ungewisse Thatsachen bedingt, die aber vor dem Tode oder wenigstens durch den Tod des Testators entschieden sein müssen. Wenn nun der Testator gleich nach Errichtung des Testaments, da die fragliche Thatsache noch nicht eingetreten ist, stirbt, so sind jene Vermächtnisse ungültig, weil ihre Bedingung deficirt. Nach streng wörtlicher Auslegung unserer Regel (si cauillamur) müßten sie also überhaupt ungültig sein und bleiben. Dies würde aber dem Geiste dieser Regel und der Natur der Sache durchaus zuwider sein. Denn wenn anders bedingte Legate wegen eines Mangels zur Zeit der Testamentserrichtung nicht schlechthin ungültig

7) Daß die Stelle so interpungirt und der cursiv gedruckte Satz als im Testament ausgesprochene Bedingung aufgefaßt werden müsse, hat man längst eingesehen; das Fragment würde sonst mit andern Stellen direct im Widerspruch stehen. Vgl. Harnier l. c.

Digitized by Google

sind, weil auch im Fall des augenblicklichen Todes bis zum Anfall desselben noch eine Zeit bleibt, den Mangel zu heben; so kann gewiß noch weniger dasjenige Legat als ungültig behandelt werden, bei dem der Testator durch die hinzugefügte Bedingung selbst noch auf eine Zeit bis zu seinem Tode hinweiset, in welcher das die Wirksamkeit des Legats bedingende Ereigniß eintreten könne. Treffend, obgleich nach Römischer Weise, um selbst dem Buchstaben sein Recht zu geben, etwas spitzfindig, sagt Celsus: wenn in dem angegebenen Falle der Testator gleich sterbe, so könne man eigentlich nicht sagen, das legatum sei inutiliter datum, sondern es sei gar nicht datum: weil nämlich das sub conditione gegebene Vermächtniß deficiente conditione gar nicht gegeben ist.

Aus gleichem Gesichtspunkte muß auch der Fall, der aus Paull. lib. 4. ad Plaut. in L. 2. D. h. t. angeführt wird, beurtheilt werden:

> Sed et si sic legauerit: *si filia mea Titio nupta erit*; sufficere uisum est, si mortis tempore nupta inueniatur, licet testamenti facti tempore fuerit impubes.

Die Bedingung si filia mea Titio nupta erit wird so verstanden, daß die Tochter bei Lebzeiten des Vaters dem Titius verheiratet sei. Obgleich nun diese Bedingung im Zeitpunkt der Testamentserrichtung nicht einmal erfüllt sein könnte, weil die Tochter noch unmündig ist, also, wenn der Testator gleich stürbe, das Legat nothwendig wegfiele, so wird es doch nicht, nach wörtlicher aber in der That unangemessener Anwendung der Catonianischen Regel, als ungültig verworfen, sondern erwartet, ob zur Zeit des wirklichen Todes die gesetzte Bedingung erfüllt sei oder nicht. Ganz anders verhält es sich mit solchen Legaten, deren Bedingung auch nach dem Tode des Testators noch eintreten kann. Auf diese findet

Digitized by Google

die Catonianische Regel schon ihren Worten nach keine Anwendung. In Beziehung auf sie konnte daher Celsus nicht sagen: in quibusdam falsa definitio est, sondern Catoniana regula ad ea non pertinet; die Regel betrift solche Legate nicht [8]).

§. 2.

Fragen wir nach den verschiedenen möglichen Umständen, wegen deren ein Vermächtniß im Augenblick der Testamentserrichtung ungültig sein würde, so tritt uns zunächst der Fall entgegen, wenn die Parteien in jenem Zeitpunkte nicht testamenti factio hatten. Von dem Mangel der testamenti factio in der Person des Testators brauchen wir nicht besonders zu reden; denn dieser hat Ungültigkeit nicht blos des Legats, sondern des ganzen Testaments zur Folge; das Legat theilt also hier durchaus das Schicksal des Testaments, in welchem es gegeben war. Dagegen betrifft der Mangel der testamenti factio in der Person des Legatars nur das einzelne Legat, und gehört also eigentlich hieher. Daß nun das Legat wegen dieses Mangels durchaus und für immer ungültig sei, ohne Rücksicht darauf, daß der Legatar bis zum Anfall des Legats testamenti factio erlangt haben kann, leidet keinen Zweifel, und es ist auch klar, daß man den Fall unter die Catonianische Regel subsumiren kann. In der That hat man immer diesen als einen der Hauptfälle, in welchem die Catonianische Regel zur Anwendung komme, angesehen; und auch die neusten Untersuchungen über den Grund unserer Regel haben ihn vorzüglich im Auge. Ich halte dies für unrichtig. Der alte Rechtssatz, daß der Legatar zur Zeit der Testamentserrichtung testamenti factio haben müsse, war, wie ich glaube, von der Cato-

8) vgl. Vinnius ad §. 10. Inst. de legat.

Digitized by Google

niana regula unabhängig. Wer nicht Commercium mit Römischen Bürgern hatte, der konnte bei der solennen Testamentserrichtung auf keine Weise bedacht werden, und ein solches Legat mußte nach der Strenge der Form schon von Anfang an nothwendig nichtig sein. Wir können auch davon nach dem Ausdruck des Celsus sagen: es war gar kein Legat, non datum, wie denn auch Gajus in seinen Institutionen unter dem Titel de inutiliter relictis legatis den Mangel der testamenti factio gar nicht mit erwähnt, die er in §. 285. stillschweigend als Erforderniß zur Gültigkeit des Legats voraussetzt. Für die Richtigkeit dieser Ansicht könnte man schon den Umstand als Argument anführen, daß nirgendwo, so wichtig für die Römer das Erforderniß der testamenti factio war, bei Gelegenheit desselben die Catonianische Regel erwähnt wird. Doch ist darauf weniger Gewicht zu legen, weil wir dieselbe überhaupt nur in wenigen Stellen ausdrücklich genannt finden. Bedeutender aber möchte Folgendes sein. Der Catonianischen Regel wird, wie wir gesehen haben, die Anwendbarkeit entschieden abgesprochen bei bedingten Legaten, und zwar keineswegs blos dann, wenn die Bedingung gerade auf die Aufhebung des zur Zeit der ersten Testamentserrichtung bestehenden Hindernisses gerichtet ist, sondern bei allen, irgendwie bedingten Legaten. Will man nun die Ungültigkeit des Legats wegen mangelnder testamenti factio blos auf die Catonianische Regel gründen, so muß man also consequent behaupten, daß bei bedingten Legaten testamenti factio des Legatars im Augenblick der Testamentserrichtung nicht erforderlich, und das Legat gültig gewesen sei, wenn nur zur Zeit der Erfüllung der Bedingung jener Mangel gehoben wäre. Ja, da die Catonianische Regel, wie wir gesehen haben, überhaupt bei allen Legaten nicht gilt, deren dies non morte testatoris cedit, so müßte auch z. B. unbedingt das Le-

Digitized by Google

gat eines Ususfructus an einen Peregrinen gültig gewesen sein, wenn nur derselbe vor der Antretung der Erbschaft Commercium erlangt hätte. Diese Meinung, die freilich von Vielen unbedenklich behauptet wird [9]), ist aber dem Römischen Sinne gewiß zuwider. Der Peregrinus konnte ja so wenig mit, als ohne Bedingung bei Geschäften Römischer Bürger, zu denen Commercium erforderlich war, betheiligt sein. Die Unrichtigkeit jener Behauptung erhellt auch aus L. 59. §. 4. D. de heredibus instituendis:

> Si heres institutus scribendi testamenti tempore ciuis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est; heres sit, si intra illud tempus, quo testator decesserit, redierit, aut si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio exsistit.

Es wird hier bei bedingter Erbeinsetzung gefordert, daß der eingesezte Erbe zur Zeit der Testamentserrichtung, und zur Zeit des Eintritts der Bedingung Römischer Bürger sei; dann wird hinzugesezt: Item et in legatis et in bonorum possessionibus. Man könnte zwar einwenden: in unserer Stelle werde nur gesagt, daß Verlust des Bürgerrechts nach der Testamentserrichtung nicht Ungültigkeit des Legats zur Folge habe, wenn nur im Augenblick des Eintritts der Bedingung wieder testamenti factio des Legatars vorhanden sei. Allein es wäre unnöthig, das auch nur zu bemerken, wenn bei bedingten Le-

9) Z. B. Thibaut System §. 796. nro. III. Wening-Ingenheim B. V. §. 8. Note x. Vgl. jedoch Mühlenbruch doctrina edit. III. §. 724. Note 3. 4. und Schröter obseruat. p. 107. Nirgendwo sagen unsre Quellen direct, daß bei bedingten Legaten der Legatar nicht von Anfang an testamenti factio zu haben brauche. Die Stellen welche ich dafür angeführt finde, sind entweder ganz unpassend, oder beweisen wenigstens nur unter der Voraussetzung, daß die Frage über testamenti factio des Legatars durchaus unter der Catoniana regula stehe, was eben noch zu bezweifeln ist.

Digitized by Google

gaten auf den Status des Legatars zur Zeit der Testamentserrichtung überhaupt gar nichts ankäme. Zudem ist es bei der Erbeinsetzung gewiß, daß testamenti factio des eingesetzten Erben in jenem Zeitpunkte nothwendig ist, zur Gültigkeit derselben, ut constiterit institutio; so wie sie zur Zeit des Anfalls der Erbschaft da sein muß, ut effectum habeat [10]). Diese Regel gilt auch ohne Zweifel bei der bonorum possessio secundum tabulas [11]). Es wäre also sehr unpassend, daß mit diesen die Legate ohne weiteres zusammengestellt werden, wenn doch bei den letzten die Sache sich übrigens wesentlich anders verhielte. Wir gehen aber noch weiter, und behaupten, daß auch unter der Bedingung der künftigen Fähigkeit das Legat bei mangelnder testamenti factio nicht gültig sei. Bei den Meisten [12]) zwar findet man die gegentheilige Behauptung, welche vorzüglich auf L. 62. D. de hered. instit. gestützt wird.

> In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, beneuolentiae est: veluti *Lucius Titius cum capere potuerit, heres esto.* Idem et in legato.

Allein diese Stelle bezieht sich, wie schon Andre [13]) eingesehen haben, nur auf die Capacität, nicht auf testamenti factio. Der Unterschied beider bestand — man kann

---

10) L. 49. §. 1. D. de hered. instituend.

11) An Ungültigkeit wegen mangelnder testamenti factio des Erben darf man denken bei L. 6. D. de bon. poss. secund. tab.

12) Z. B. Donell. l. c. §. 8. Thibaut und Weninge-Jugenheim ll. cc.

13) Schon Cujacius weiset auf diese Erklärung hin. S. dessen opp. postum. edit. Fabroti. Tom. I. col. 399. Bestimmter findet sie sich bei Vinnius ad §. 2. J. de hered. instit. Voet ad Pandectas, Tit. de hered. instit. §. 22. Müller, Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827. S. 86. Hasse im Rhein. Mus. III. S. 413. Not. 28.

Digitized by Google

jetzt sagen, bekanntlich [14]) — darin, daß der Incapax, wie der Latinus nach der Lex Junia Norbana, der Coelebs nach der lex Julia et Papia Poppaea, allerdings gültig im Testament eingesetzt oder mit Legaten bedacht werden, und nur das Gegebene nicht erlangen konnte, wenn er in derselben Lage blieb; während dagegen der, welchem testamenti factio fehlte, gar nicht gültig zum Erben eingesetzt werden konnte, so daß er, wenn auch zur Zeit der Delation successionsfähig, doch durch jene Erbeinsetzung nicht Erbe werden konnte [15]). Zur Beseitigung des Hindernisses der Incapacität gestatten selbst die Gesetze nach der Delation noch den bestimmten Zeitraum von 100 Tagen, in welchem der Honorirte durch Erlangung der Capacität das Legat erhalten könne [16]). Unsre Stelle nun

14) Müller und Hasse ll. cc.

15) Ulpian. XX. 8: Latinus Junianus et familiae emptor et testis et libripens fieri potest, quoniam cum eo testamenti factio est; und XXII. 3: Latinus Junianus, si quidem mortis testatoris tempore uel intra diem cretionis ciuis Romanus sit, heres esse potest: quodsi Latinus manserit, lege Junia capere hereditatem prohibetur. Vgl. L. 52. D. de legat. II. (Terent. Clemens lib. 3. ad leg. Jul. et Pap. Popp.): Non oportet prius de conditione cuiusquam quaeri, quam hereditas legatumue ad eum pertineat. Siehe noch Ulp. XVII. 2, vgl. mit L. 49. §. 1. L. 59. §. 4. D. de hered. instit. So wurde auch zur Gültigkeit der Erbeinsetzung eines fremden Sclaven und eben so zur Gültigkeit des einem solchen vermachten Legats unbedingt testamentis factio seines Herrn im Augenblick der Testamentserrichtung vorausgesetzt. L. 5. D. de seruit. legata. L. 82. §. 2. D. de legat. II. Aber die Erbeinsetzung des Sclaven eines Incapax war so wenig ungültig, daß vielmehr, selbst wenn zur Zeit der Delation der Herr noch incapax war, der vor Antretung der Erbschaft freigelassene oder veräußerte Sclave noch für sich selbst oder seinen neuen Herrn die Erbschaft erwerben konnte, wenn nur die Freilassung oder Veräußerung nicht in fraudem legis geschehen war. L. 82. D. de acquir. uel om. hered.

16) Ulpian. XVII. 2. Fragm. de jure fisci §. 3. Schon aus diesem Grunde konnte man sagen, wie es in L. ult. D. de reg. Cat. heißt: Regula Catoniana ad nouas leges non pertinet: was keineswegs, wie man früher wollte, verstanden werden kann: „Nach den neuen Gesetzen findet die Regel überhaupt keine Anwendung mehr," sondern: „sie findet keine Anwendung in Betreff der

Digitized by Google

beantwortet die Frage, ob man auch diese vom Gesetz gegebene Frist nach Belieben weiter ausdehnen und jemanden geradezu auf die Zeit zum Erben einsetzen oder ein Legat ertheilen können, wenn er dereinst capax sein werde, wobei aber vorausgesezt wird, daß er zur Zeit der Testamentserrichtung testamenti factio habe [17]). Wenn also das Legat an einen Peregrinus selbst unter der ausdrücklichen Bedingung, daß er künftig testamenti factio erlange, nicht gültig war, so ist es gewiß unrichtig, wenn man die Ungültigkeit des Legats wegen anfänglichen Mangels der testamenti factio in der Person des Legatars als einen der Hauptfälle, in welchem die Catonianische Regel sich wirksam zeige, aufzählt; indem grade eine Hauptbeschränkung, welche für diese Regel unbedingt aufgestellt wird, in jenem Falle nicht Statt findet.

Eine gleiche Bewandnis scheint es mir mit dem andern Falle zu haben, den man als den zweiten Hauptfall der Catonianischen Regel anzuführen pflegt; wenn die legirte Sache zur Zeit der Testamentserrichtung nicht in commercio ist. Unter res extra commercium verstehe ich hier nur diejenigen, welche ihrer Natur oder Bestimmung nach sich gar nicht im Eigenthum eines Privatmannes befinden können, wie die res diuini iuris, die res communes omnium und die res publicae im engsten Sinne, ebenso freie Menschen; nicht auch diejenigen Sachen, für welche nur eine Beschränkung im rechtlichen Verkehr, z. B. Verbot der Veräußerung, durch Gesetze bestimmt ist. Das Legat solcher Sachen nun, welche in

---

durch diese Gesetze eingeführten besondern Ungültigkeitsgründe der Legate." Vgl. Anm. 1 u. 4.

17) Auf dieselbe Frage bezieht sich auch L. 51. pr. D. de legat. II., welche schon durch die Inscription: Terent. Clemens ad Leg. Jul. et Pap. Popp. ihre besondere Beziehung bestimmt andeutet.

Digitized by Google

diesem strengen Sinne extra commercium waren, war durchaus nichtig [18]). Diese Sachen konnten auch eben so wenig unter einer Bedingung als pure, gültig legirt werden, und selbst auch unter der ausdrücklichen Bedingung, wenn sie künftig in commercio sein sollten, ist das Legat derselben ungültig. Denn man wird in dieser Beziehung von Legaten gewiß mit Recht dasselbe behaupten, was von Rechtsgeschäften unter Lebenden ausdrücklich gesagt wird [19]). Von dem legatum per uindicationem scheint sich dieses schon aus dem Grunde zu verstehen, weil dasselbe voraussezt, daß die Sache sich zur Zeit der Testamentserrichtung im quiritischen Eigenthum des Testators befinde [20]). Aber auch bei dem legatum per damnationem sind die aufgestellten Behauptungen aus den angegebenen Gründen sicher [21]). Wenn also auch das bedingte Legat einer absolut dem Commertium entzogenen Sache in keinem Falle gültig wird, die Catonianische Regel aber bei bedingten Legaten nicht anwendbar sein soll, so scheint mit Recht behauptet zu werden, daß die absolute Ungültigkeit jener Legate überhaupt nicht aus dem Prinzip des Cato abzuleiten ist. Auch kann es gar nicht auffallen, daß man eine testamentarische Verfügung z. B. über den Campus Martius u. dgl. schon an sich von Anfang an als in ihrem Keime nichtig behandelte, ohne daß man dabei erst nach dem möglichen Erfolge, falls der Testator gleich stürbe, fragte.

---

18) L. 39. §. 9. D. de legat. I. Campum Martium aut forum Romanum uel aedem sacram legari non posse constat. Vgl. §. 4. J. de legat.

19) L. 83. §. 5. D. de V. O. ..... ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: *illum, cum seruus esse coeperit, dare spondes?* item: *eum locum, cum ex sacro religiosoue profanus esse coeperit dari?* Vgl. §. 2. J. de inutil. stipulat. L. 137. §. 6. de V. O.

20) Ulpian. XXIV. 7. Vgl. jedoch unten §. 4.

21) Ulpian. l. c. §. 9.

Digitized by Google

§. 3.

Demnach müssen wir also die Catonianische Regel hauptsächlich auf solche Legate beziehen, welche nicht wegen eines Mangels der allgemein nothwendigen Voraussetzungen, wie wegen Unfähigkeit der Person oder der Sache, absolut ungültig sind, sondern nur wegen anderer zufälliger Umstände keinen Erfolg haben würden, wenn der Testator gleich im Augenblick der Errichtung des Testaments stürbe; und wirklich wird nur in Beziehung auf Fälle dieser Art unserer Regel ausdrücklich erwähnt [22]). Wir wollen die einzelnen Beispiele, die wir in den Quellen finden, durchgehen.

Eine Frage, welcher wir besonders häufig begegnen, welche auch vorzüglich geeignet ist, die Catonianische Regel zu erläutern, ist diese: ob demjenigen, der sich in potestate, manu oder mancipio eines eingesetzten Erben befindet, und umgekehrt, ob demjenigen, dessen Gewalt der eingesetzte Erbe unterworfen ist, aus dem Erbtheil dieses Erben gültig legirt werde? Das Letzte war unbedingt zulässig. Denn, wenn auch der Testator gleich nach der Errichtung des Testamentes starb, so konnte deshalb doch das Legat immer noch Erfolg haben, wenn vor Antretung der Erbschaft der Sohn emancipirt, oder der Sklave freigelassen, oder veräußert, ebenso, wenn Manus oder Mancipium aufgelöst wurde; indem alsdann der eingesetzte Erbe für sich selbst, oder seinen neuen Herrn die Erbschaft erwarb und nun von ihm der Vater oder frühere

22) Demnach wäre also der Ausspruch von Müller l. c. S. 89. daß sich die Catoniana regula „auf die Bedingungen der gültigen Errichtung eines letzten Willens, nicht aber auf jene des Erwerbs aus einem letzten Willen beziehe" nicht ganz zu billigen. Es ist gerade die Frage: könnte das Legat Erfolg haben, wenn der Testator jezt stürbe? Dabei wird aber vorausgesezt, daß die allgemeinen Bedingungen der gültigen Errichtung eines letzten Willens erfüllt sind.

Digitized by Google

Herr das Legat erhalten konnte. Freilich, wenn der Vater durch den Sohn, oder der Herr durch den Sklaven u. s. w. selbst Erbe wurde, so mußte das Legat wegfallen: euanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis. So entscheidet Gaius II. §. 245., und es muß darnach in Ulpian. fragm. tit. XXIV. §. 24:

> Ei, cuius in potestate manu mancipio est heres scriptus, legari *non* potest,

die Negation gewiß gestrichen werden, wie schon Cujacius [23]) behauptet und Schulting gebilligt hat. In den Justinianischen Institutionen [24]) wird nur noch der Sklave, nicht wie bei Gajus, auch der Filiusfamilias erwähnt: mit Recht, weil dieser nach Justinians Constitutionen selber Erbe wird, weshalb es gar keinen Zweifel leidet, daß dem Vater, in dessen Gewalt er sich befindet, aus seinem Erbtheil ein Legat gegeben werden kann. In den Pandekten sind dagegen noch mehrere hieher gehörige Stellen stehen geblieben, die sich auf den Filiusfamilias beziehen. So

> L. 17. in fine D. quando dies legat. (Julianus lib. 36. Dig.) — — si filio herede instituto patre legatum esset. Quod consistere intelligitur: eo quod, quamuis statim paterfamilias moriatur, potest emancipatus adire hereditatem, ut patri legatum debeat.

Eine weitere Anwendung dieses Satzes enthält L. 91. pr. D. de legat. I. (Julian. lib. 36. Digestor.), wo nämlich nach demselben Grundsatz die Frage beantwortet wird, ob einem Sohne oder Bruder des eingesetzten Filiusfamilias gültig legirt werde:

> Quaesitum est, si filiusfamilias, qui filium ha-

23) Obseruatt. lib. VI. cap. 37.

24) §. 33. J. de legat.

Digitized by Google

bebat, heres institutus fuisset, cum esset uterque in potestate aliena, an ab eo filio ejus legari possit. Respondi: Cum possit a filio patri legari, consequens est, ut uel fratri ipsius uel filio, uel etiam seruo patris sui legetur.

Diese Entscheidung war dem ältern Recht vollkommen entsprechend; denn obgleich, wenn die bestehenden Verhältnisse bis zur Antretung blieben, das Legat zerfallen mußte, weil Erbschaft durch den Sohn und Legat durch den Enkel oder andern Sohn auf dieselbe Person kam, den Vater nämlich, der die Gewalt über beide hatte; so konnte doch auch hier im Fall augenblicklichen Todes des Testators noch durch Emancipation des eingesetzten Erben das Legat und die Erbschaft getrennt werden. Nach dem Justinianischen Rechte ist aber zu diesen Erörterungen gar keine Veranlassung mehr, da ja das dem Sohne oder Bruder des eingesetzten Filiusfamilias verliehene Legat, mögen sie auch noch alle in der Gewalt des Vaters sein, immer, eben so gut wie jenem die Erbschaft, ihnen selbst, nicht mehr dem Vater erworben wird. Die angeführten Stellen enthalten indessen im Resultat für das Justinianische Recht keinen Widerspruch; sie sind nur nach diesem unpassend in ihren Entscheidungsgründen. Bedenklicher ist eine andere Stelle:

A filio herede etiam pure patri legari potest: nec interest, an die cedente legati in patris potestate sit. L. 25. D. de legat. I. (Paull. lib. III. ad Sabin.)

Dies ist richtig. Denn eben deshalb ist das Legat gültig, weil wenn auch in dem Augenblick der Testamentserrichtung, da das Gewaltsverhältniß noch besteht, dies legati cedirte, d. h. wenn der Testator gleich stürbe, die Erwerber der Erbschaft und des Legats doch noch verschiedene Personen sein könnten; es kann also auch nichts

Digitized by Google

darauf ankommen, ob zur Zeit des später erfolgenden Todes die Gewalt des Vaters noch besteht, wenn sie nur vor Antretung der Erbschaft aufgelöst ist. Die Stelle sagt weiter:

> Igitur et si iussu patris adita sit hereditas, imputabitur ei in Falcidiam.

Wenn der Sohn auf Befehl des Vaters die Erbschaft antrat, so war das Legat ungültig, als wäre es dem Erben aus seinem eignen Erbtheil gegeben; der Vater mußte also auch dasselbe in die Quarta falcidia einrechnen, obgleich sonst nicht eingerechnet wird, was der Erbe titulo singulari erhält [25]). Man könnte nur etwa den Ausdruck tadeln, da das Legat ungültig ist, also nicht von Einrechnung desselben die Rede sein kann; indessen kann auch dieser in der ursprünglichen Verbindung des Satzes gerechtfertigt werden, wenn man bedenkt, daß das Legat doch noch die cedente gültig war, und nur durch die nachherige Erwerbung der Erbschaft durch den Legatar seine Bedeutung verlor. Aber für das Justinianische Recht scheint er eine ganz verkehrte Bestimmung zu enthalten. Denn nach diesem erwirbt der Sohn, indem er auf Befehl des Vaters die Erbschaft antritt, diese sich selbst, nicht dem Vater; es scheint also völlig unpassend, daß dem Sohn das dem Vater gegebene Legat in die Falcidia eingerechnet werden soll. Offenbar haben die Compilatoren hier ein Versehen begangen. Nur wenn nach L. 8. Cod. de bon. quae liberis der Vater die dem Sohn deferirte, von diesem aber abgelehnte, Erbschaft auf eigne Gefahr und für sich antritt, muß das ihm gegebene Legat in die Falcidia eingerechnet werden, und nur auf diesen Fall allein kann man L. 25. cit. noch beziehen, ob-

25) L. 74. 76. 86. 91. D. ad leg. Falcid.

Digitized by Google

gleich die Worte si iussu patris adita sit hereditas ihn eben nicht gut bezeichneten.

Wir haben jetzt von dem Falle gesprochen, wenn demjenigen, dessen Gewalt der eingesetzte Erbe unterworfen ist, ein Legat gegeben ist, und gefunden, daß ihn die Catonianische Regel nicht treffe. Anders verhält es sich mit dem umgekehrten Falle, wenn dem, der sich zur Zeit der Testamentserrichtung in der Gewalt des eingesetzten Erben befindet, ein Legat hinterlassen worden ist. Nach Gai. II. 244. hatte Servius behauptet, daß auch ein solches Legat an sich immer gültig, und nur ohne Erfolg sei (euanescere legatum): si quo tempore dies legati cedere solet, adhuc in potestate sit; ideoque siue pure legatum sit, et uiuo testatore in potestate heredis esse desierit, siue sub conditione, et ante conditionem id acciderit, deberi legatum. Ueber die Zeit, da dies legati cedit, konnte er auf keinen Fall hinausgehen, Nicht bis zur Antretung der Erbschaft, wie im vorigen Falle; denn sobald dies legati cedit, ist dasselbe sogleich demjenigen erworben, in dessen Gewalt sich der Legatar befindet; dieser ist aber hier derjenige, welcher allein durch Antretung die Erbschaft erwerben kann, der also sich selbst das Legat zahlen müßte. Die Meinung des Servius nahm aber keine Rücksicht auf das Verhältniß zur Zeit der Errichtung des Legats; sie setzte sich also über die Catonianische Regel hinweg; deshalb wurde sie auch von den spätern Juristen verworfen. Die Sabinianer behaupteten, unter einer Bedingung zwar sei ein solches Legat gültig; unbedingt aber sei es ungültig:

> Sabinus et Cassius sub conditione recte legari, pure non recte putant: licet enim uiuo testatore possit desinere in potestate heredis esse, ideo tamen inutile legatum intelligi oportere, quia quod nullas uires habiturum foret, si statim

Digitized by Google

post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo ualere, quia uitam longius traxerit, absurdum esset.

Hier haben wir ganz die Catonianische Regel. Es ist kein absoluter Mangel in den Erfordernissen des vorhandenen Legats, da dem Hausſohne und Sclaven an sich gültig legirt werden kann. Aber wegen des jetzigen Verhältnisses desselben zu dem eingesetzten Erben könnte, wenn der Testator augenblicklich stürbe, das Legat keinen Erfolg haben, so wenig, wie das dem Erben selbst verliehene Legat. Obgleich nun dieses Verhältniß noch bei Lebzeiten des Testators, also bevor wirklich dies legati cedit, sich ändern könnte, so muß doch das Legat nach jener Regel ungültig sein. Ist das Legat bedingt, so findet die Regel keine Anwendung; weil man dann nicht sagen kann, daß dasselbe bei gleich erfolgendem Tode des Testators nullas uires habe. Nur wenn existente conditione die Gewalt des Erben noch besteht, ist es nothwendig erfolglos. Die Proculianer aber waren noch strenger. Sie sagten, auch bedingt sei ein solches Legat nicht gültig: quia quos in potestate habemus, eis non magis sub conditione, quam pure debere possumus. Obgleich gewöhnlich bei bedingten Legaten die Catonianische Regel nicht anwendbar ist, so behaupten sie dennoch in unserm Falle nach strenger Beurtheilung desselben die Ungültigkeit des Legats. Denn stürbe der Testator gleich, so argumentirten sie, so müßte man annehmen, daß der Herr oder Vater als eingesetzter Erbe dem Untergebenen unter einer Bedingung das Vermachte schuldig sei: man könne aber den seiner Gewalt untergebenen Personen auch nicht bedingt verpflichtet sein; also wäre in jedem Falle, wenn der Testator gleich stürbe, das Legat unwirksam, und müsse dann nach der Catonianischen Regel überhaupt ungültig sein. Nach ihrer Meinung fand also hier der Natur des

Digitized by Google

Falles nach die sonst geltende Beschränkung der Catonianischen Regel nicht Statt. Die mildere Meinung der Sabinianer verdient aber wohl den Vorzug. Denn das von den Proculianern angezogene Argument paßt vorerst nicht auf das legatum per vindicationem, welches ursprünglich kein debere des Erben, sondern directen Uebergang des legirten Rechts begründet. Dieser Uebergang tritt nun immer erst die legati cedente, d. i. bei bedingten Legaten conditione exsistente ein, und es kommt also nur darauf an, ob er in diesem Zeitpunkte nach den Verhältnissen Erfolg haben kann. Aber auch von dem legatum per damnationem, welches zunächst nur eine Forderung gegen den Erben gab, konnte man nicht sagen, daß dadurch ein debere sub conditione begründet werde, wie durch eine bedingte stipulatio. Wäre dies der Fall, so müßte die bedingte Forderung auch auf die Erben des Creditors übergehen, wenn dieser vor Eintritt der Bedingung stirbt; was bekanntlich nicht geschieht. Mit Recht also sahen die Sabinianer nur darauf, ob conditione exsistente die Entstehung der Obligatio möglich war, und behaupteten, da dieser Zeitpunkt über den Tod des Testators hinausführen kann, daß das Legat bei augenblicklich erfolgendem Tode nicht nothwendig erfolglos, und also nicht nach der Catonianischen Regel ungültig sei. Ihre Meinung hat dann auch in der Folge, wie es scheint, das Uebergewicht behalten, wie man vermuthen darf nach Ulpian. tit. XXIV. §. 23:

> Ei, qui in potestate, manu, mancipioue est scripti heredis, sub conditione legari potest: ut requiratur, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit;

und sie ist in die Justinianischen Institutionen [26]) ohne

26) §. 32. J. de legat.

Digitized by Google

Berührung des betreffenden Schulenstreites aufgenommen. Diese erwähnen jedoch auch hier wieder nur des Sklaven, weil der Filiusfamilias nach Justinianischem Recht selbst das Legat erwarb, also bei ihm die Veranlassung zu dieser Frage ganz wegfiel.

Aus demselben Grunde, aus welchem der Testator nicht pure dem Sklaven des eingesetzten Erben etwas vermachen konnte, war auch das Legat, welches er seinem eigenen Sklaven unbedigt hinterließ, nach der Catonianischen Regel ungültig. — Denn starb der Testator in demselben Augenblicke, so wäre das Legat durch den Sklaven gleich der Hereditas, und durch diese dem spätern Erben erworben, also auf jeden Fall in eiusdem personam et emolumentum legati et obligatio iuris concurreret [27]); selbst wenn auch etwa der Sklave nach dem Tode des Testators vor Antretung der Erbschaft zur Belohnung ohne Mitwirken des Herrn, oder weil er Statuliber war und die Bedingung seiner Freiheit eintrat, die Freiheit erlangt haben sollte [28]). Daher konnte auch einem gemeinschaftlichen Sklaven nicht pure legirt werden, wenn der Miteigenthümer allein zum Erben eingesetzt war; unter einer Bedingung war es möglich [29]). War aber dem Sklaven im Testamente zugleich die Freiheit vermacht, so konnte ihm auch unbedingt gültig legirt werden. Zwar erlangt er die Freiheit erst adita hereditate [30]), und da nun dies legati morte testatoris cedit, so könnte man

27) L. 17. D. quando dies legat.

28) Vgl. L. 90. D. de hered. instit.

29) L. 89. D. de hered. instit. Si socius heres institutus sit ex asse et seruo communi legetur pure sine libertate, legatum non constitit. Plane sub conditione ei utiliter et sine libertate legabitur: quoniam et proprio seruo ab herede recte sub conditione legatur. Die Worte sine libertate sind interpolirt. Vgl. §. 4. J. de donat.

30) L. 23. §. 1. L. 25. D. de manumissis testamento.

Digitized by Google

glauben, daß auch das Legat nichtig sei, weil es bei gleich erfolgendem Tode des Testators erst dem Sklaven als solchem, und durch ihn der Hereditas erworben wurde; und nur necessario herede instituto müßte es gültig sein. Allein hier war nichts natürlicher, als daß man auch den Anfall eines solchen Legats wie den Eintritt der Freiheit auf den Zeitpunkt der Erbantretung verschob [31]). Daher konnte die Catonianische Regel dann hier nicht mehr Anwendung finden, quia non a morte testatoris dies legati cedit. Selbst wenn die Freiheit unter einer Bedingung, das Legat unbedingt vermacht worden, war dieses doch nicht nothwendig ungültig; wofern es nur möglich war, daß die Bedingung der Freiheit vor Antretung der Erbschaft noch nach dem Tode des Testators erfüllt wurde.

L. 86. D. de condit. et dem. (Maecianus lib. III. fideicommissorum.)

Cum uero libertas sub conditione, legatum autem praesenti die datum est: in hoc quaestio est, an constiterit legatum? etenim nec Catonianae sententiae locum in proposito esse, quia, etsi statim decessisset testator, non tamen omnimodo inutile esset legatum, cum posset conditio libertatis ante aditam hereditatem impleri et legatum manumisso deberi.

Nur wenn ein necessarius heres eingesetzt war, würde in diesem Falle das Legat bei gleich erfolgendem Tode unwirksam sein; weil dann dies legati a morte testatoris cedit, also zu einer Zeit, da pendente conditione libertatis der Legatar noch Sklave des Erben ist: daher setzt Maecian hinzu: nisi forte necessarius heres ex-

31) L. 7. §. 6. L. 8. D. quando dies legat.

Digitized by Google

stitisset: tunc enim omnimodo inutile erit legatum iure ipso, quia sub conditione acceperit legatum.

Auch wenn ein Sklave einem andern vermacht, und nun diesem selben Sklaven auch ein Legat hinterlassen war, nahm man an, daß der Anfall dieses letzten dem Sklaven hinterlassenen Legats erst adita hereditate eintrete.

Iulianus lib. 36. Digestor. (L. 17. D. quando dies legat.)

Cum legato seruo aliquid legatur, dies eius legati, quod seruo datur, non mortis tempore, sed aditae hereditatis cedit.

Der Grund dieser Ausnahme war ein ganz ähnlicher, wie im vorigen Falle. Wenn der Sklave per uindicationem legirt war, so erwarb der Legatar das Eigenthum dieses Sklaven erst durch Antretung der Erbschaft [32]). Bis zu dieser aber müssen wenigstens die Sabinianer consequent angenommen haben, daß er seruus hereditatis sei [33]). Wenn nun der Anfall des diesem Sklaven hinterlassenen Legats im Augenblick des Todes Statt fände, so würde dasselbe der Erbschaft selbst immer zufallen, also nichtig sein. Da aber der Testator, indem er dem legirten Sklaven etwas vermachte, offenbar den Uebergang des Sklaven auf den Legatar im Auge gehabt hat, so war es hier ebenso natürlich, wie oben beim Freigelassenen, allgemein anzunehmen, daß dies legati erst adita hereditate eintrete. Ideo, fährt Julian fort, impedimento non est regula iuris, quominus manumisso legatum debeatur; quia etsi confestim paterfamilias moreretur, non in eiusdem personam emolumentum legati et obligatio iuris concurreret. Julian sagt: da jenes Legat zu denen gehört, deren dies adita

32) Gai. II. §. 195.

33) Nach Gai. II. §. 200.

Digitized by Google

hereditate cedit, so steht die bekannte regula iuris, nämlich eben die Catonianische Regel, nicht entgegen, daß dem Sklaven, wenn er nach der Testamentserrichtung bis zur Antretung der Erbschaft freigelassen wird, selbst das Legat entrichtet werden muß. Denn wenn auch der Testator gleich stürbe, so würde doch nicht der Fall eintreten, daß dieselbe Person durch den Sklaven das Legat erhielte, aus deren Erbschaft dasselbe zu entrichten ist, sondern dieses würde vielmehr dem Legatar des Sklaven zufallen [34]). Das Legat ist also gültig, und wird nun den Erfolg haben, den alle Vermächtnisse an Sklaven haben können.

War der Sklave unter einer Bedingung vermacht, demselben aber pure ein Legat gegeben worden, so trat hier dieselbe Modification ein, die oben bei dem freigelassenen Sklaven angegeben ist. Die Catonianische Regel konnte auch hier das Legat noch nicht ungültig machen, wenn es möglich war, daß die Bedingung noch nach dem Tode des Testators vor Antretung der Erbschaft erfüllt wurde; und nur, wenn der eingesetzte Erbe necessarius heres war, fand sie Anwendung. Denn alsdann trat dies legati jedenfalls gleich morte testatoris ein, und wenn also der Testator gleich gestorben wäre, so würde nicht der Legatar des Sklaven, sondern der Erbe, der conditione pendente Eigenthümer desselben bleibt, das Legat erhalten; dieses also nichtig sein. Mit Beziehung darauf ist l. 13. D. de optione legata zu erklären:

> si optio serui data mihi fuerit et Sticho aliquid testator sine libertate legasset, tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est, Stichum, reciderit: ut quasi pure legato utiliter sit legatum.

Die optio serui legata ist anzusehen als ein bedingtes

34) L. 69. pr. D. de legat. I.

Digitized by Google

Legat jedes Einzelnen von den Sklaven, unter denen man wählen kann; bedingt nämlich durch die eigene Wahl des Legatars, welche aber erst nach Antretung der Erbschaft gültig vorgenommen werden kann. So lange also mehrere Sklaven da sind, unter denen gewählt werden soll, kann das Legat eines jeden einzelnen dieser Sklaven erst post aditam hereditatem ein unbedingtes werden; und das Legat, welches einem derselben hinterlassen ist, muß ungültig sein, weil dies eius adita hereditate, also vor dem bedingten Legat des Sklaven, cedit. Wäre also hier kein anderer Fall denkbar, wie die Bedingung wegfallen kann, so müßte das Legat nach der Catoniana überhaupt ungültig sein. Allein es ist möglich, daß alle Wahl überflüssig wird. Wenn die Familia des Testators sich bis auf einen vermindert, dann ist dieser eine von da an pure legirt; und wenn er also gerade der ist, welchem etwas vermacht worden war, so kann demnach das Legat Erfolg haben. Diese Verminderung der Familia bis auf einen einzigen kann aber nun immer auch nach dem Tode noch bis zur Antretung der Erbschaft sich ereignen; daher sagt Paulus weiter: nec aduersatur Catoniana, si uoluntarius heres institutus sit; quia potest ante aditam hereditatem, etiamsi statim decesserit, familia minui. Quodsi necessarius heres, fährt er aber fort, institutus sit, sequens legatum propter Catonianam inutile est. — Denn alsdann fällt Tod des Testators, und Antretung (Erwerbung) der Erbschaft in einem Punkte zusammen, und es kann also nicht mehr nach dem Tode vor Antretung der Erbschaft das zur Gültigkeit des zweiten Legats oben vorausgesetzte Ereigniß eintreten. Justinian hat in L. 3. pr. Cod. commun. de legat. u. §. 23. I. de legat. die frühere Eigenthümlichkeit des legatum optionis aufgehoben, und bestimmt, daß dasselbe nicht mehr durch die eigene Wahl des Legatars bedingt sein,

Digitized by Google

sondern auch vor Antretung der Erbschaft auf die Erben desselben mit gleichem Wahlrecht transmittirt werden sollte. Demnach könnte man nun glauben, und es scheint auch Harnier's [35]) Meinung zu sein, daß L. 13. pr. cit. mit dem Justinianischen Rechte nicht harmonire, daß namentlich der letzte Zusatz nach diesem eine Unrichtigkeit enthalte, weil nun immer dies legatae optionis morte testatoris cedit, also dies Legat früher oder wenigstens zu gleicher Zeit mit dem Legat, welches dem Sklaven hinterlassen ist, anfällt. Allein der Grund der Entscheidung unseres Fragments liegt nicht darin, daß das legirte Wahlrecht von dem Legatar selbst ausgeübt werden mußte, und nicht auf dessen Erben transmittirt wurde; sondern darin, daß die wirkliche Wahl unter den Sklaven erst nach Antretung der Erbschaft vorgenommen, also erst dann entschieden werden konnte, ob der einzelne Sklave, dem etwas hinterlassen war, einem andern, als dem Erben zufiel. Dies ist aber im Justinianischen Recht ebenso geblieben, und nur das geändert worden, daß nun die optio legata schon früher auf die Erben des Legatars transmittirt wird.

Von den bis jetzt angeführten Anwendungen der Catonianischen Regel waren einige, nämlich diejenigen, welche die in patria potestate, manu oder mancipio befindlichen Personen betreffen, schon im Justinianischen Rechte weggefallen; die übrigen auf die Sklaven sich beziehenden sind für unser gemeines Recht ebenfalls unbedeutend geworden. Ein andrer auch für dieses noch wichtiger Fall aber, der hieher gehört, ist das Legat einer eigenen Sache des Legatars. Per uindicationem konnte Jemanden seine eigene Sache schon aus dem Grunde nicht gültig legirt werden, weil sie nicht, wie das bei jeder speciell bezeichneten Sache zur Gültigkeit eines solchen Le-

35) l. c. §. XXI.

Digitized by Google

gats erfordert wurde, zur Zeit der Testamentserrichtung im quiritischen Eigenthum des Testators war: und auch an sich vertretbare Sachen, sobald bestimmte, jetzt im Eigenthume des Legatars befindliche als Gegenstand des Legats angegeben waren, mußten hier als specielle corpora betrachtet werden, bei denen dieselbe Regel galt. Es fragt sich also nur, ob das Legatum per damnationem, oder nach dem Neronianischen Senatsbeschluß auch das Legatum, welches der Form nach ein Vindicationslegat war, als Damnationslegat gültig sein konnte, wenn der Gegenstand des Legats eine im Augenblick der Testamentserrichtung dem Legatar eigene Sache war?

Dies war nun ebenfalls blos nach der Catoniana regula nicht der Fall. Denn starb der Testator gleich nach Errichtung des Legats, so war dies Legat ohne Erfolg, weil Niemanden seine eigene Sache noch gegeben werden, Niemand also eine Forderung gegen einen andern haben kann, daß ihm diese Sache gegeben werde [36]). Unter einer Bedingung dagegen ist ein solches Legat gültig, und zwar nach dem, was oben (§. 1.) über den Umfang der Catonianischen Regel gesagt worden ist, keineswegs blos, wie viele meinen [37]), unter der Bedingung *si rem alienauerit*, sondern unter jeder andern. Denn, mag auch

---

36) §. 10. I. de legatis: Sed si rem legatarii quis ei legauerit, inutile est legatum; quia quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest, et licet alienauerit eam, non debetur nec ipsa nec aestimatio eius.

37) So Thibaut System §. 752: „Die eignen Sachen des Legatars können demselben nur bedingt auf den Fall der künftigen Veräußerung derselben vermacht werden. Ist das Legat unbedingt, so ist es auf immer ungültig." Dabei wird auf §. 10. I. de legat. und L. 1. §. 2. de regula Caton. verwiesen. Eben so Mühlenbrüch doctrina pandectarum edit. III. §. 732. ... plerumque inutile est legatum, nisi ... adiecta conditione *si eam rem uiuo testatore alienauerit* scriptum sit legatum. Man sehe dagegen Vinnius ad §. 10. I. cit. und Voet ad Pandectas de legatis et fideicomm. §. 29.

Digitized by Google

der Testator gleich sterben, so ist es doch immer möglich, daß noch vor Eintritt der Bedingung, d. i. vor dem dies legati, ein andrer die Sache erworben hat, also kann dieselbe dem Legatar alsdann gegeben werden, und somit das Legat Erfolg haben.

Diese Sätze von dem Legat einer dem Legatar selbst gehörenden Sache werden in L. 41. §. 2. D. de legat. I. in Verbindung mit einem andern Anwendungsfall der Catonianischen Regel und zu dessen Erläuterung berührt. Ein Senatsbeschluß hatte verfügt, daß das Legat solcher Sachen, welche mit einem Gebäude verbunden sind, ungültig sein solle. Diese Sachen sind freilich in commercio; sie sind ja im Eigenthum; aber so lange zur Vollziehung des Legats nöthig ist, daß das Gebäude in seiner Integrität gestört werde, soll das Legat keinen Erfolg haben. Das citirte Fragment wirft nun die Frage auf, ob das Legat gültig werde, wenn nach Errichtung desselben die legirte Sache von dem Gebäude getrennt werde:

> Tractari tamen poterit, si quando marmora uel columnae fuerint separatae ab aedibus, an legatum conualescat?"

und beantwortet sie folgendermaßen:

> Et siquidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non conualescet: quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata; quia uires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum ualere, si exsistentis conditionis tempore mea non sit, uel aedibus iuncta non sit, secundum eos, qui et emi rem meam sub conditione et promitti mihi stipulanti et legari aiunt. Purum igitur legatum Catoniana regula impediet; conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.

Digitized by Google

Die Worte si exsistentis conditionis tempore mea non sit uel aedibus iuncta non sit, finden wir in den meisten Ausgaben des Corpus iuris cursiv gedruckt, als enthielten sie die im Testament gesetzte Bedingung des Legats. Dies ist wohl nur durch die vorgefaßte Meinung, daß das Legat einer Sache des Legatars nur unter der einzigen Bedingung *si eam alienauerit* gültig sei, veranlaßt worden. Es widerstreitet aber offenbar dem klaren Wortzusammenhange. Denn wer wollte wohl legiren sub hac conditione, si exsistentis conditionis tempore etc.? Der Sinn obiger Stelle ist vielmehr dieser: „Wenn mir meine eigne Sache unter irgend einer Bedingung legirt ist, so kann das Legat Erfolg haben, wofern nur zur Zeit der Erfüllung dieser Bedingung die Sache nicht mehr mein ist." Und dies wird zum Ueberfluß auch noch in einer andern Stelle sehr deutlich ausgesprochen [38]).

§. 4.

Es wird nicht ohne Interesse sein, wenn wir an diesem Orte noch den Zusammenhang eines andern bekannten Satzes des ältern Rechts mit der Catonianischen Regel untersuchen. Zur Gültigkeit des Legatum per uindicationem wurde bekanntlich regelmäßig vorausgesetzt, daß der Testator die legirte Sache sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung als zur Zeit seines Todes in quiritischem Eigenthum hatte [39]). Durch ein solches Legat sollte das Eigenthum einer Sache oder auch ein dingliches Specialrecht nach dem Tode des Testators unmittelbar, d. h. ohne Vermittelung durch eine Handlung des Erben,

38) L. 98. D. de cond. et demonstr.: Mea res sub conditione legari mihi potest; quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletae spectari oportet.

39) Gai. II. 196. Ulpian. XXIV. 7.

Digitized by Google

wenn gleich ohne dessen Erbantretung das Testament und so mit auch das darin ausgesetzte Legat nicht bestehen konnte, auf den Legatar übertragen werden, so daß dieser die vermachte Sache sofort ex iure Quiritium vindiciren konnte [40]). Um diese Wirkung durch seine testamentarische Verfügung hervorbringen zu können, mußte der Testator selbst wenigstens am Ende seines Lebens jenes Eigenthum gehabt haben. Daß nun dieses nach obigem Satze auch schon zur Zeit der Testamentserrichtung der Fall sein sollte, damit das Legat gültig wäre, das scheint man allerdings als eine bloße Anwendung des Catonianischen Grundsatzes betrachten zu dürfen, wie auch Hugo schon angedeutet hat [41]). Von selbst bietet sich dann die weitere Frage dar, ob denn auch die oben in §. 1. dieser Abhandlungen erwähnten Beschränkungen der Catonianischen Regel in der genannten Beziehung Statt gefunden haben? Nach bejahender Beantwortung dieser Frage würde bei allen Vindicationslegaten, deren dies non a morte testatoris cedit, namentlich also bei bedingten Vindicationslegaten nicht erforderlich gewesen sein, daß dem Testator zur Zeit der Testamentserrichtung oder des Todes das quiritische

40) Gai. II. 194.

41) N. Rechtsgesch. 11. Aufl. S. 569. . . . „wobei denn aber der Testirer auch selbst dieses Eigenthum (ex iure Quiritium) gehabt haben muß, und zwar, jetzt wenigstens, seit der regula Catoniana, nicht blos zur Zeit seines Todes, sondern auch zur Zeit des Testirens." — Nach dieser Ansicht müßte man consequent auch annehmen, daß der Testator, um res quae pondere, numero, mensura continentur gültig per vindicationem vermachen zu können, zur Zeit der Testamentserrichtung eine so große Quantität, als er vermachen wollte, von dem bestimmten Genus in vollem Eigenthum gehabt haben müsse; denn sonst würde ja bei gleich erfolgendem Tode desselben das Legat ohne Erfolg gewesen sein. Nur das wäre bei dem Legat solcher Sachen gleichgültig gewesen, ob der Testator nachher, zur Zeit seines Todes, noch gerade dieselben Species dieses Genus im Vermögen hatte, weil es hier nur auf das Genus ankam. Allein Gajus und Ulpian (vgl. Note 39.) sind dieser Annahme keineswegs günstig. Man vergleiche auch Puggé im Rhein. Museum II. S. 293.

Digitized by Google

Eigenthum der Sache zugestanden habe, was denn auch von Harnier behauptet wird [42]). Dieser Meinung scheint jedoch schon der Umstand ungünstig zu sein, daß sowohl Gajus als Ulpian die oben erwähnte Regel für Vindicationslegate allgemein und unbedingt aussprechen und einer Modification dieser Regel bei bedingten Legaten nicht gedenken, während doch Gajus in §. 200. von andern Eigenthümlichkeiten bedingter Vindicationslegate spricht. Noch bedeutendere Zweifel gegen jene Meinung ergeben sich aus der Natur bedingter Vindicationslegate selbst. Auch durch diese ging nehmlich, sobald die Bedingung erfüllt war, die legirte Sache, selbst wenn sie der Erbe inzwischen veräußert hatte, ipso iure in das Eigenthum des Legatars über, so als hätte dieser schon von dem Tode des Testators an das Eigenthum gehabt, und in demselben Verhältniß wie die Sache dem Testator gehört hatte oder jetzt gehören würde [43]). Es stand also auch hier vermittelst einer Fiction ein unmittelbarer Uebergang des Eigenthums vom Testator auf den Legatar Statt. Darnach aber scheint es natürlich, daß man auch hier Eigenthum in der Person des Testators voraussetzte; und wenn dies der Fall war, so mußte dann nach der Catonianischen Regel dasselbe auch schon im Zeitpuncte der Testamentserrichtung erfordert worden sein. Man könnte zwar hiegegen einwenden: da die Hereditas als eine Person mit dem Erblasser betrachtet werde, so müsse es genügend gewesen sein, wenn nur vor Erfüllung der Bedingung die legirte Sache in dem erbschaftlichen Vermögen vorhanden gewesen sei. Aber dies würde doch nur etwa für die Zeit bis zur Antretung der Erbschaft passend sein,

42) Diss. cit. §. X. und §. XXVI.

43) L. 69. §. 1. L. 81. pr. D. de legat. I. L. 105. D. de cond. et demonstr.

Digitized by Google

indem nachher von dem Erben die Erwerbungen gemacht werden, ohne daß dabei noch eine Beziehung auf den Verstorbenen hervortritt. Man hätte dann noch immer genau unterscheiden müssen, ob die Erwerbung rein ex causa hereditaria Statt gefunden habe oder nicht. Gewiß kann es nicht auffallen, daß die Römischen Juristen diese Unterschiede nicht statuirten, sondern sich schlechtweg an den Satz hielten, daß der Testator selbst Eigenthum gehabt haben müsse, um unmittelbar durch sein Vermächtniß Eigenthum übertragen zu können. Wahrscheinlich wird dies auch durch Gaius II. §. 203., woraus per argum. a contrario zu entnehmen ist, daß eine res futura nicht per uindicationem legirt werden konnte [44]); wo aber als Beispiel von res futurae künftige Früchte eines Grundstücks angeführt sind, also Sachen, von denen sich gerade leicht nachweisen ließe, daß sie ex re hereditaria erworben seien. Unsere Annahme erhält aber noch insbesondere eine bedeutende Unterstützung durch die Sätze, welche bei der testamentarischen Freilassung, die sich mit dem Legatum per uindicationem sehr passend vergleichen läßt, gelten. Mehrere Stellen sagen es ganz deutlich und bestimmt, daß die testamentarische Freilassung nur dann gültig sei, wenn der Testator den Sklaven zur Zeit seines Todes und zur Zeit des Testaments in quiritischem Eigenthum gehabt hatte [45]). Nun ist aber bekannt, daß das Vermächtniß der Freiheit zu denen gehört, deren dies erst adita hereditate cedit, indem erst von der Erbantretung an die verliehene Freiheit wirklich wird [46]). Daher

44) Vgl. Gaii epitome II. 5. §. 3: „quod in legato uindicationis fieri non potest: quia non potest haec legatarius testatore mortuo continuo uindicare."

45) Gai. II. 267. Ulpian. I. 23. L. 35. D. de manumissis testamento.

46) Vgl. oben Anm. 30.

Digitized by Google

haben auch frühere Schriftsteller, wie Cujacius und Donellus, unbedenklich behauptet, daß bei der libertas testamento data die Catonianische Regel nicht zur Anwendung komme, und Cujacius hat sogar vorgeschlagen in l. 3. D. de regula Caton. [47]) statt hereditas zu lesen libertates. Dies hat nun zwar Harnier mit Verweisung auf die in Note 45. citirten Stellen bestritten. Allein daß diese mit jener Behauptung schlechthin im Widerspruch stehen, möchte noch einigem Zweifel unterliegen. Denn nehmen wir als allgemeines Erforderniß der testamentarischen Freilassung an, daß der Manumissor zur Zeit des Todes den Sklaven im Eigenthum hatte, so mußte freilich in sofern die Catonianische Regel zur Anwendung kommen, daß nun dieses Eigenthum auch schon zur Zeit der Testamentserrichtung erfordert wurde. Der Grund, warum hier die sonst bei Vermächtnissen, deren dies non morte testatoris cedit, geltende Beschränkung der Catonianischen Regel nicht eintritt, liegt darin, daß das fragliche Erforderniß wesentlich und nothwendig zur Zeit des Todes sein muß, dessen Mangel also nach dem Tode des Testators natürlich nicht mehr gehoben werden kann. Dies schließt aber nicht aus, daß in Rücksicht anderer Hindernisse der Gültigkeit, welche noch nach dem Tode des Testators gehoben werden können, die Catoniana nicht gelte. Wenn wir auch oben behauptet haben, daß bei bedingten Vindicationslegaten eben sowohl wie bei unbedingten schon zur Zeit der Testamentserrichtung der Testator quiritisches Eigenthum gehabt haben müsse, so geben wir damit doch die Regel nicht auf, daß bei solchen Legaten die Catoniana nicht Statt finde, in sofern von Hindernissen die Rede ist, welche noch nach dem Tode wegfallen können; z. B.

47) Catoniana regula non pertinet ad hereditates u. s. w. Vgl. oben Anm. 4. — Cuiacii opp. postum. edit. Fabroti tom. I. col. 377.

Digitized by Google

es hätte jemand sub conditione seinem eignen Sklaven etwas per uindicationem vermacht. Eben so könnte es sich mit dem Vermächtniß der Freiheit verhalten. Nach der Lex Aelia Sentia z. B. war die testamentarische Freilassung eines Sklaven unter 30 Jahren der Regel nach ungültig. War nun der freizulassende Sklave zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht 30 Jahre alt, so war es doch möglich, daß er bis zur Antretung der Erbschaft dieses Alter erreicht hätte. Die Catonianische Regel also würde hier der Gültigkeit der Freilassung nicht im Wege gestanden haben: wir können aber freilich nicht sagen, ob nicht das Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben hat oder doch seinem Zusammenhange nach so auszulegen gewesen ist, daß der Freizulassende das erwähnte Alter schon zur Zeit der Testamentserrichtung erreicht haben müsse. Nach dieser Betrachtung braucht man also trotz jener Stellen die Meinung des Cujacius und Donellus noch nicht durchaus aufzugeben, und wir erhalten dadurch zugleich eine sprechende Analogie für die oben aufgestellte Ansicht, nach welcher auch bei bedingten Vindicationslegaten „utroque tempore" quiritisches Eigenthum des Testators vorauszusetzen gewesen wäre, obgleich übrigens bei solchen Legaten die Catoniana keine Anwendung fand.

Wir wollen uns jedoch nicht verhehlen, daß dieser Ansicht noch gewichtige Bedenken entgegenstehen. Nach derselben müßte nämlich consequent auch zur Gültigkeit des Vindicationslegats eines Ususfructus nothwendig der Testator das Eigenthum der Sache, an welcher der Ususfructus vermacht werden sollte, in den beiden oft bezeichneten Zeitpunkten gehabt haben, obgleich der dies legati ususfructus bekanntlich erst adita hereditate cedit. Man könnte auch eine Bestätigung dafür finden wollen in Vatican. fragm. §. 85., wornach das Vindicationslegat des Ususfructus an einer fremden Sache nur ex Senatuscon-

Digitized by Google

sulto Neroniano confirmirt wurde. Allein es scheint uns geradezu entgegen zu stehen L. 24. §. 1. D. de legat. I. Pomponius lib. 5. ad Sabinum:

> Si usumfructum habeam eumque legauerim, nisi postea proprietatem eius nactus sim, inutile legatum est.

Es liegt sehr nahe, bei dieser Stelle an ein Vindicationslegat zu denken, da per damnationem unbedenklich selbst an einer fremden Sache der Ususfructus legirt werden konnte. Demnach hätte Pomponius das Vindicationslegat des Ususfructus von Seiten des Usufructuars als gültig behandelt, wenn dieser nur nach Errichtung des Testaments die Proprietät der Sache zu dem Ususfructus hinzuerwarb. Er mußte consequent dieses Legat auch dann als gültig angenommen haben, wenn erst nach dem Tode des testirenden Usufructuars vor Antretung der Erbschaft das Eigenthum der Sache in die Erbschaft kam, z. B. durch einen Erbschaftssklaven oder durch den Ablauf der Usucapionsfrist. Denn wollte er dies nicht zugeben, so würde das Legat, falls der Testator gleich im Augenblick der Testamentserrichtung, da er das Eigenthum noch nicht hat, stürbe, keinen Erfolg haben, es müßte also nach der Catonianischen Regel überhaupt ungültig sein; und Pomponius mußte entweder diese Regel nicht anerkennen oder er käme mit sich selbst in Widerspruch. Sonach würde diese Stelle ergeben, daß, um den Ususfructus gültig per uindicationem zu legiren, der Testator weder zur Zeit des Todes noch zur Zeit der Testamentserrichtung das Eigenthum der Sache zu haben brauchte, sondern daß es genügte, wenn dieses zur Zeit der Antretung der Erbschaft in derselben enthalten war. Man könnte jedoch unsere Stelle noch etwa durch die Eigenthümlichkeit des Falles als eine Ausnahme von der Regel erklären. Der Testator hat doch zur Zeit der Te-

Digitized by Google

stamentserrichtung den Ususfructus, den er legiren will; Si usumfructum habeam, ist der Vordersatz, welcher anzudeuten scheint, daß wer weder die Proprietät noch den Ususfructus hat, den Ususfructus nicht gültig per uindicationem legiren würde. Freilich aber hat der Testator den Ususfructus nicht so, daß er ihn auf einen Andern nach seinem Tode übertragen könnte, mit welchem sein Recht vielmehr nothwendig endet. Wir müßten also dem Pomponius doch eine mildernde Inconsequenz zur Last legen. Es fragt sich aber weiter noch, ob nicht vielleicht unsere Stelle eine wesentliche Interpolation durch die Compilatoren erfahren hat? Man könnte dieses anzunehmen um so geneigter sein, da wir von der Voraussetzung ausgegangen sind, daß dieselbe auf den alten Unterschied der Legate Rücksicht nehme. Es könnten etwa die Compilatoren, freilich auch nicht sehr verständig, nisi statt etsi gesetzt, oder gar den ganzen Zwischensatz, der mit nisi anfängt, eingeschoben haben. Aber dies wird unwahrscheinlich, wenn wir die ganz analoge Entscheidung des umgekehrten Falles (wenn wer die nuda proprietas hatte, den Ususfructus legirt), in L. 72. D. de usufructu vergleichen. Wer nur nuda proprietas hatte, konnte streng genommen den Ususfructus nicht per uindicationem legiren, weil der Inhalt des Ususfructus aus seinem Eigenthum ausgeschieden war. Maecianus aber nahm dennoch an, daß das Legat gültig sei, wenn nur vor Antretung der Erbschaft der Ususfructus wieder mit der Proprietät vereinigt war. Ja er ging noch weiter (Plus admittit Maecianus) und behauptete dasselbe auch im Fall einer noch spätern Wiedervereinigung des Ususfructus mit dem Eigenthum. Dies letzte ließe sich denn nur etwa so rechtfertigen, daß man das Legat des Ususfructus in diesem Falle als Legat des dem Testator zustehenden Rechts auf den Rückfall des Ususfructus betrachtete. Es

Digitized by Google

ginge aber daraus hervor, wie die spätern Juristen zu möglichster Milderung der strengern Grundsätze in dieser Beziehung geneigt waren; und es dürfte uns dann nicht wundern, hier auch einmal eine kleine Inconsequenz zu finden. Allein man bedenke ferner noch, daß zur Zeit des Pomponius schon lange der Neronianische Senatsbeschluß bestand, nach welchem das blos wegen Mangels der eigenthümlichen Erfordernisse des Vindicationslegats ungültige Vermächtniß immer als legatum per damnationem aufrecht erhalten werden konnte. Per damnationem konnte aber auch an einer fremden Sache der Ususfructus legirt werden; also, sollte man meinen, mußte auch derjenige, welcher den Ususfructus an einer fremden Sache hatte, an dieser Sache den Ususfructus gültig legiren können, und die Gültigkeit dieses Legats konnte nicht abhängig davon sein, daß der Testator später noch die Proprietät erwarb. Demnach muß es befremden, daß Pomponius noch so schlechthin sagt: nisi postea proprietatem eius nactus sim, inutile legatum est. Noch befremdender aber lautet dieses im Justinianischen Recht, in welchem der alte Unterschied der Legate völlig verschwunden ist, und gewiß das Legat des Ususfructus eben so wie das des Eigenthums einer fremden Sache in jeder Form, so fern nur der wirkliche Wille des Testators sich darin ausspricht, wirksam ist. Dies führt uns darauf, unsere L. 24. §. 1. noch von einer andern Seite anzugreifen, mit Rücksicht nämlich auf den muthmaßlichen Willen des Testators. Es ist bekannt, daß das Legat einer fremden Sache keineswegs unbedingt gültig ist, wenn der Testator nicht wußte, daß sie fremd war [48]). So könnte man auch, wenn der Usufructuar den Ususfructus legirt, Bedenken tragen, anzunehmen, daß er etwas ihm nicht Ge-

48) L. 6. Cod. de legatis. §. 5. I. eodem.

Digitized by Google

höriges habe wirklich legiren wollen; er könnte in der Meinung gewesen sein, daß man den Ususfructus vermachen könne. Es ist nicht zu verkennen, daß diese Erklärung den Worten des Pomponius „inutile legatum est" nicht sehr angemessen ist. Indessen muß ich gestehen, daß ich keinen andern Weg sehe, der Stelle im Justinianischen Rechte eine verständige Deutung zu geben. Uebrigens wird das Bisherige wenigstens zur Genüge ergeben haben, daß L. 24. §. 1. nur einen sehr unsichern Beweis gegen die Ansicht abgibt, in Beziehung auf welche wir sie oben zuerst vorgebracht haben.

§. 5.

Wir haben bisher die Wirksamkeit der Catonianischen Regel in verschiedenen Anwendungen kennen gelernt; wir wollen nun versuchen, den innern Grund der Regel aufzudecken.

Harnier [49]) zerlegt den Satz des Cato in diese beiden Theile: „Was von Anfang an ungültig ist, kann nicht ohne weiteres im Verlauf der Zeit gültig werden," und: „der Anfang der Legate ist im Zeitpunkte der Testamentserrichtung zu suchen." Bei allen solennen Rechtsgeschäften, sagt er, müsse die Solennität des Rechts und der Wille des Handelnden in demselben Zeitpunkte zusammentreffen, das eine sei ohne das andere nichts; wo nun an dem einen anfangs etwas gefehlt habe, da könne das Geschäft nicht gültig sein, wenn nachher der Mangel aufgehoben werde, weil in diesem Zeitpunkte das andre nicht constire: es komme also überall nicht auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit allein, sondern auch auf den der Vornahme des Geschäfts an. So sei es denn namentlich bei allen testamentarischen Verfügungen, und also auch bei

49) l. c. §§. VI... IX.

Digitized by Google

den Legaten. Diese Erklärung ist aber durchaus ungenügend. Denn es handelt sich ja gar nicht von bloßen Solennitäten, sondern auch von andern Umständen, wegen deren das Legat zufällig keinen Erfolg haben kann, und der Wille des Testators ist doch erst auf die Zeit seines Todes gerichtet: also scheint es, wo nur die Form der Erklärung beobachtet ist, genügend, daß in diesem Zeitpunkt die übrigen Erfordernisse der Wirksamkeit des Legats vorhanden sind. Auch wird auf jene Weise gar nicht erklärt, warum bei bedingten Legaten die Catonianische Regel keine Anwendung findet; denn warum soll nicht auch bei ihnen auf den Anfang des Geschäfts und nicht auf den Zeitpunkt ihrer eintretenden Wirksamkeit gesehen werden?

Auf eine andre Weise hat nun Roßhirt [50]) unsere Regel zu erklären gesucht: Wenn zur Zeit der Testamentserrichtung der Wirksamkeit des Legats etwas entgegensteht, und dies Hinderniß erst durch spätere Veränderung der Umstände gehoben wird, so kann man nicht wissen, wenigstens ist dieses eine immer schwer zu entscheidende quaestio facti, ob der Testator das Dasein dieses Hindernisses gekannt hat, oder nicht, und im letzten Falle, was er gethan haben würde, wenn er dasselbe gekannt hätte. Z. B., sagt Roßhirt, der Legatar war zur Zeit der Testamentserrichtung ohne testamenti factio; der Testator wußte das vielleicht nicht: wer kann nun sagen, was derselbe gethan haben würde, wenn er das gewußt hätte? Wenn in einer hinzugefügten Bedingung ausdrücklich auf die mögliche Veränderung der Umstände Rücksicht genommen werde, dann sei freilich der Wille des Testators klar; sonst aber habe man, um jene unvermeidliche Ungewißheit zu beseitigen, die Gültigkeit der

50) Arch. für civ. Praxis. X. S. 228. ff.

Digitized by Google

Legate blos nach dem Zeitpunkt ihrer Errichtung und natürlich der Erwerbung beurtheilen zu müssen geglaubt.

Gegen diese Erklärung hat zwar Guyet eingewendet: man könne wegen der schon bewiesenen Zuneigung des Testators die oben aufgeworfene Frage mit Sicherheit dahin beantworten, daß der Testator in dem angegebenen Falle das Legat unter der Bedingung der künftigen Fähigkeit gegeben haben würde. Allein diese Antwort ist ganz willkürlich. Allerdings ist es wahrscheinlich, daß er dies gethan haben würde, wenn er erwartet oder vorausgesetzt hätte, daß der Legatar dereinst die Successionsfähigkeit erlangen werde. Aber woher ist es gewiß, daß er das so ernstlich erwartet haben würde, um darauf Bedacht zu nehmen? Wäre es nicht möglich, daß er unter diesen Umständen lieber einem andern Fähigen die Sache vermacht hätte? In der ältern Zeit, so lange es noch möglich war, Peregrinen Fideicommisse zu hinterlassen [51]), könnte er dann jenen fideicommissarisch ersucht haben, die Sache dem Peregrinen zu restituiren u. s. w.? Das von Roßhirt gewählte Beispiel ist freilich nach unserer obigen Ausführung nicht passend gewählt, und unrichtig die Annahme, daß einem erbunfähigen unter der Bedingung künftiger Fähigkeit ein Legat hinterlassen werden konnte. Aber nehmen wir einen andern Fall: der Testator hat unwissend Jemanden seine eigene Sache legirt. Hier läßt sich gewiß nicht schlechthin annehmen, daß er, wenn er dieses gewußt hätte, ihm gerade dieselbe Sache auf den Fall einer künftigen Veräußerung vermacht hätte; was er ihm aber statt derselben vermacht haben möchte, das kann Niemand sagen; ja, daß er ihm überhaupt etwas vermacht haben würde, kann man gar nicht behaupten.

51) Gai. II. 285.

Digitized by Google

Denn es könnte auch wohl nur seine Absicht gewesen sein, daß der Legatar eben nur die bestimmte Sache haben sollte, die er ihm nicht mehr zu verschaffen brauchte, weil er sie schon hatte: oder er würde vielleicht, wenn er gewußt hätte, daß die fragliche Sache nicht zu seiner Erbschaft gehöre, den Erben nicht mehr mit einem Legat von solchem Werthe haben beschweren wollen. So scheint mir Roßhirt allerdings den rechten Weg zur Erklärung angedeutet zu haben. Wer über sein Vermögen auf den Todesfall verfügt, der muß sich dabei denken, daß diese Verfügung nun auch jeden Augenblick wirksam werden könne; es ist eine Vertheilung seines Vermögens, die er gegenwärtig, als stürbe er jezt, vornimmt. Ist nun in diesem Augenblicke ein Hinderniß vorhanden, welches der Wirksamkeit der Verfügung entgegensteht, und der Testator kennt dasselbe, so läßt sich kaum annehmen, daß er ernstlich den Willen gehabt habe, etwas zu vermachen; war es ihm aber unbekannt, so ist, wie oben gezeigt worden ist, der Wille des Testators nicht gewiß, und es läßt sich nicht entscheiden, was er gethan haben würde, wenn er das Hinderniß gekannt hätte. So scheint es in der That gar nicht unnatürlich, daß man, um alle solche Ungewißheit zu entfernen, den Augenblick der Testamentserrichtung als den entscheidenden ansah, in welchem, da die Wirksamkeit des Legats gleich eintreten könnte, auch alle Voraussetzungen desselben erfordert würden. Es ist ein gegenwärtiges dare, oder legare; daher sagt Gajus (II, 244): quod nullas uires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo ualere, quia uitam longius traxerit, absurdum esset. Anders aber ist es bei den Legaten, deren Wirksamkeit in keinem Falle nothwendig mit dem Tode des Testators eintreten soll.

Einen neuen Versuch unsere Regel zu erklären, hat

Digitized by Google

Guyet gemacht [52]). Nach seiner Meinung soll sie in der alten strengen Form der Testamente, des testamentum in calatis comitiis und des Mancipationstestaments, ihren Grund gehabt haben. Ein solches Testament habe sich in keiner Weise auf eine zur Erscheinung in der Volksversammlung oder zur Mancipation unfähige Person beziehen, auch ein Legat einer solchen Person nicht verleihen können; deshalb habe immer der Legatar schon im Zeitpunkt der Testamentserrichtung testamenti factio haben müssen. Ebenfalls habe sich das Testament nur auf eine mancipationsfähige Sache beziehen können; wenn also eine unfähige Sache legirt worden, so habe die Mancipation des Vermögens an den familiae emptor keine Wirkung auf diese Sache gehabt, und diese Wirkung habe dann auch später nicht eintreten können. Unfähigkeit der Person und der Sache seien aber die Hauptfälle, die bei der Catonianischen Regel in Betrachtung kämen. Allein eben diese letzte Bemerkung, auf welcher die ganze Erklärung wesentlich beruht, ist schon oben abgewiesen worden, und für die andern oben angeführten Fälle, gerade diejenigen, bei welchen wir die Catonianische Regel allein genannt finden, leistet diese Erklärung nichts. Wie z. B. erklärt sich auf diese Weise, warum man niemanden seine eigene Sache, warum man dem Sklaven des eingesetzten Erben nichts vermachen konnte? Auch scheint mir jede unmittelbare Folgerung aus der Mancipation des Vermögens an den familiae emptor auf den Inhalt und die Gültigkeit der Legate bedenklich. Der Gegenstand derselben brauchte ja bei dem per damnationem legatum gar nicht in dem mancipirten Vermögen enthalten zu sein, also auf ihn sich die Mancipation nicht mit zu beziehen; sondern das per damnationem legatum ist vielmehr bei der alten Form

52) A. a. O. S. 107-110.

Digitized by Google

des Testaments als eine durch die lex mancipii aufgelegte Verpflichtung zu betrachten. Auch geht der Verfasser zu weit, wenn er sagt, das Testament habe sich auf keine zur Erscheinung in der Volksversammlung unfähige Person beziehen können. Denn Frauen und Unmündigen konnte man doch gewiß legiren. Nur so, glaube ich, kann man etwa in der alten Form der Testamente eine Erklärung für die Catonianische Regel finden, daß man die Testamentserrichtung nach jenen Formen als eine gegenwärtige Verfügung über sein Vermögen ansieht, deren Wirksamkeit im Einzelnen daher auch nach den gegenwärtigen Verhältnissen bestimmt werden mußte. Der Testator mancipirte sein Vermögen dem, den er zum Erben haben wollte, und legte ihm nun beliebige Verpflichtungen auf. Das Vermögen ging nun vielleicht formell gleich auf diesen Erben über; die Verpflichtungen desselben entstanden, die unbedingten Legate wurden als jetzt gleich wirkend angesehen: was nun dermalen keinen Erfolg haben konnte, das war auch unnütz. Aber etwas Bestimmtes läßt sich über diesen Zusammenhang nicht behaupten, weil wir über die alte Form des Mancipationstestaments zu wenig im Klaren sind; weil wir namentlich nicht wissen, wie mit jener Form der Aufschub der Wirksamkeit und die willkürliche Widerruflichkeit des Testamentes bis zum Tode des Testators vereinigt wurde; und ob zur Zeit des Cato noch der familiae emptor seine alte Bedeutung hatte, oder schon damals blos der Form wegen zugezogen wurde.

§. 6.

Es bleibt uns nun noch die Frage zu beantworten übrig, ob die Catonianische Regel auch im Justinianischen Recht noch praktische Bedeutung habe?

Diese Frage ist, wie wir im Eingange dieser Abhandlung erwähnt haben, in neuerer Zeit von Mehreren ver-

Digitized by Google

neinend beantwortet worden, und zwar aus dem Grunde, weil die Regel, als auf der Strenge des alten Civilrechts beruhend, bei Fideicommissen niemals zur Anwendung gekommen sei, also im Justinianischen Recht, in welchem im Zweifel überall das mildere Recht der Fideicommisse vorwalte, nun überhaupt nicht mehr Statt finden könne.

Allein, ohne uns vorerst auf die Sache selbst einzulassen, müssen uns schon ganz äußerliche Gründe der früher gewöhnlichen Meinung geneigter machen. In wie vielen Stellen des Justinianischen Rechts die Regel noch erwähnt wird, ohne alle Andeutung, daß sie nicht mehr gelte, haben wir im Verlaufe dieser Abhandlung schon gesehen. In §. 32. I. de legatis wird sie deutlich und bestimmt ausgesprochen [55]). Dieses Argument wird man auch nicht durch die Bemerkung beseitigen wollen, daß in dem angeführten Titel zuerst nur das besondere Recht der Legate vorgetragen werde, welches dann in manchem Punkte nach den von Fideicommissen geltenden Grundsätzen sich modificire. Denn bei Fideicommissen wird nirgendwo das Gegentheil des dort ausgesprochenen Satzes angedeutet, und sonst ist es doch bekannt, daß diese in den meisten Punkten sich nach der Analogie der Legate richten. Um so bedeutender ist jene Stelle, da wir in derselben sogar eine absichtliche Veränderung mit Rücksicht auf das Justinianische Recht gefunden haben; daß nämlich nur der seruus, nicht mehr, wie bei Gajus, auch der filiusfamilias ginannt wird. In den Pandekten ist die Lehre von Legaten und Fideicommissen ganz durcheinander verwebt. Dennoch finden wir mitten unter den gemeinschaftlichen Titeln einen besondern Titel de regula Cato-

53) „Quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, non hoc ideo debet ualere, quia diutius testator uixerit." Vgl. Theophilus zu dieser Stelle.

Digitized by Google

niana. Einen solchen aber aufzunehmen, konnte, wenn diese Regel ganz unpraktisch geworden war, nicht nur gar kein Bedürfniß veranlassen, sondern man müßte es sogar als eine unverantwortliche Verkehrtheit den Compilatoren, von ihrem praktischen Gesichtspunkte aus betrachtet, zum Vorwurfe machen, wie denn auch Vertheidiger jener Behauptung die Aufnahme eines besondern Titels de regula Catoniana sich nur als Uebereilung der Compilatoren erklären können [54]). In L. 41. §. 2. D. de legat. I. wird ebenfalls mitten in einem für Legate und Fideicommisse gemeinschaftlichen Titel die Catoniana regula in wichtigen Anwendungen als geltend angeführt.

Diese Umstände, sage ich, müssen uns die verneinende Beantwortung unserer Frage verdächtigen. Um sie zu widerlegen, müssen wir uns vorerst auf die Nebenfrage einlassen, in wiefern auf Fideicommisse die Catoniana Anwendung gefunden habe? Es werden besonders drei Stellen zum Beweise dafür angeführt, daß bei Fideicommissen der Satz des Cato nicht angewandt worden sei; denn das Argument, welches Guyet aus dem von ihm angenommenen Grunde desselben hernimmt, kann ich als unerwiesen übergehen, da sich oben die Unbrauchbarkeit seiner Hypothese gezeigt hat.

Die erste dieser Stellen ist folgende:

L. 1. §. 1. D. de legat. III. (Ulpian. lib. 1. fideicommiss.) Sed si filiusfamilias uel seruus fideicommissum reliquerit, non ualet: si tamen manumissi decessisse proponantur, constanter dicemus, fideicommissum relictum uideri, quasi nunc datum, cum mors ei contingit, uidelicet si duraverit uoluntas post manumissionem. Haec utique nemo credet in testamentis nos esse probaturos,

54) Z. B. Schilling Bemerkungen u. s. w. S. 24.

Digitized by Google

quia nihil in testamento ualet, quoties ipsum testamentum non ualet; sed si alias fideicommissum quis reliquerit.

Diese Stelle erklärt sich aber aus der Natur der Fideicommisse völlig befriedigend. Dieselben erforderten durchaus keine Form, sondern der irgendwie erklärte Wille des Verstorbenen war genügend. Hatte nun ein Sklave ein Fideicommiß errichtet, und er wurde nachher frei, so mußte es allerdings genügen, wenn nur der Wille des Sklaven noch immer derselbe blieb; wenn es sich ergab, daß die früher ungültig von ihm gemachte Verfügung noch immer als Ausdruck des wahren Willens des Sklaven gelten konnte. Diese Fortdauer des Willens ist hier allerdings gerade der Umstand, worauf vorzüglich Gewicht zu legen ist, und welches das Fideicommiß erst jetzt eigentlich begründet, wie Ulpian durch die Worte — quasi nunc datum cum mors ei contingit andeutet. Von Fideicommissen, die in einem Testament hinterlassen werden, will aber Ulpian nicht dasselbe behaupten, weil diese blos von der Gültigkeit des Testaments abhängen, dieses aber als eine formelle Handlung von Anfange an gültig sein muß [55]).

55) Vgl. Harnier S. 50. — Dagegen polemisirt zwar Guyet a. a. O. S. 118. ff.; allein er erklärt den letzten Zusatz unserer Stelle nach meiner Meinung ganz unrichtig. Er will keine Erklärung zulassen, deren Sinn dahin ginge, „daß nur bei einem unförmlich errichteten Fideicommisse (allenfalls auch bei einem codicillarisch hinterlassenen) die Catonianische Regel nicht gelte, wohl aber auf ein im Testament auferlegtes Fideicommiß anwendbar sei." Er glaubt vielmehr das Wort alias mit praetereа umschreiben und den Nachdruck nicht auf alias sondern auf fideicommissum legen zu müssen; und es soll dann der Sinn von Ulpian's Aeußerung folgender sein: „Bei dem Fideicommisse wird, was seine Gültigkeit betrifft, nicht auf die Zeit der Errichtung gesehen, wenn derjenige, welcher es hinterließ, nur noch vor seinem Tode dazu fähig wurde; im Testamente dagegen gilt die Catonianische Regel in ihrer ganzen Strenge und alles kommt auf die Zeit der Errichtung an; hat aber jemand, außer einem Testamente, noch nebenbei ein

Digitized by Google

Dieselbe Bewandnis wie mit L. 1. §. 1. cit. hat es auch mit L. 1. §. 5. eodem. Es ist übrigens in Beziehung auf diese beiden Stellen noch zu bemerken, daß sie gerade Fälle berühren, in welchen von Anwendung der Catonianischen Regel auf Legate nicht die Rede sein konnte. Denn Legate konnten nur in Testamenten oder bestätigten Codicillen gültig hinterlassen werden, bei ihnen kam also Alles auf die Gültigkeit des Testaments im Ganzen an.

Eine dritte Stelle, auf welche besonders Guyet Ge-

Fideicommiß hinterlassen, dann gilt die Catonianische Regel dabei nicht." Diese Erklärung nun scheint mir sehr gezwungen und der Wortfolge unseres Fragments keineswegs angemessen zu sein. Alias erklärt Guyet selbst als gleichbedeutend mit unserm Sonst, welches, je nachdem der Gegensatz ist, so viel heißen kann als „zu einer andern Zeit," oder „auf andere Art," oder auch „anderswo." In allen diesen Bedeutungen kommt auch alias bei den Classikern vor, und namentlich ist die Bedeutung von anderswo bei ihnen keineswegs so selten, wie Guyet glaubt. (Man vergleiche Forcellini Lexicon sub hac voce.) Man kann es auch übersetzen durch Außerdem, d. h. in andern Fällen, außer diesem Falle, etwa so viel wie alioquin; aber gewiß nicht durch Nebenbei, praetereа. Auch kann der Satz haec atique etc. unmöglich so erklärt werden: „Dies (nehmlich daß sie im vorher bezeichneten Falle im Ganzen gültig seien) meinen wir aber keineswegs von Testamenten." Denn alsdann würde der hinzugefügte Grund quia nihil etc. gar keinen Sinn haben. Mir scheint die einfachste und natürlichste Erklärung der Stelle diese zu sein: Ulpian sagt zuerst im Allgemeinen, Fideicommisse werden in dem vorausgesetzten Falle gültig. Diesem fügt er zu näherer Bestimmung und Berichtigung hinzu: „Niemand wird uns jedoch die Meinung zutrauen, daß dasselbe (nehmlich fideicommissum relictum uideri) auch bei Testamenten (d. h. wenn in einem Testament des Fideicommiß hinterlassen ist) wahr sein solle, da nichts in einem Testamente gilt, wenn das Testament selbst im Ganzen nicht zu Recht besteht; sondern nur von dem Fall, wenn jemand sonst (d. h. auf andere Art, oder an einem andern Ort als im Testament) das Fideicommiß bestellt hat, wollten wir jenes behaupten." Mag man übrigens auch Guyet's Erklärung gelten lassen, so wird nichts desto weniger der Satz, den er dadurch entfernen will, durch unser Fragment bewiesen. Denn es sagt: nihil in testamento ualet, si ipsum testamentum non ualet; also auch die in solchem Testament angeordneten Fideicommisse müssen ungültig sein.

Digitized by Google

wicht legt, ist L. 7. D. de legat. III. Ulpian. lib. 1. fideicommissorum:

> Si deportati seruo fideicommissum fuerit adscriptum, ad fiscum pertinere dicendum est: nisi si eum deportatus uiuo testatore alienauerit, uel fuerit restitutus: tunc enim ad ipsum debebit pertinere.

Zur Erklärung dieser Stelle ist zuvor zu bemerken, daß, nach Gajus II. §. 285, ursprünglich auch den Peregrinen gültig Fideicommisse hinterlassen werden konnten, und erst nach einer Constitution Hadrians das dem Peregrinen hinterlassene Fideicommiß den Fiskus zufallen sollte. Auch darnach war also das dem Peregrinus hinterlassene Fideicommiß keineswegs ungültig oder unnütz; sondern es trat nur der Fiskus in die Stelle des Peregrinus ein. Dies konnte sich aber nur nach dem Zeitpunkt der Delation des Fideicommisses bestimmen; nur wenn alsdann der Fideicommissar noch Peregrinus war, nahm ihm der Fiskus das Vermächtniß ab. Dasselbe wurde natürlich in Rücksicht des Sklaven eines Peregrinus angenommen; man sah darauf, ob das einem solchen hinterlassene Fideicommiß am Ende auch wirklich durch ihn einem Peregrinus zufallen mußte. Und dies ist der Inhalt unserer Stelle. Auf keinen Fall aber war dies nach der Catoniana regula zu entscheiden, da diese ein Vermächtniß voraussezt, welches nach den bestehenden Verhältnissen ganz wegfallen würde. Demnach ist also auch das citirte Fragment für unsern Gegenstand völlig bedeutungslos, und nichts weniger als „das klarste, welches zum Beweise der von Guyet vertheidigten Theorie angeführt werden kann" [56]).

Auch diese Stelle übrigens würde sich nur auf einen

56) So bezeichnet es Guyet S. 124.

Digitized by Google

Fall beziehen, von dem wir oben schon gesagt haben, daß er mit Unrecht als ein Hauptfall der Catonianischen Regel betrachtet und auf ihn vorzüglich die Untersuchung über dieselbe gerichtet werde, da wir bei ihm doch die Catonianische Regel nirgend ausdrücklich erwähnt finden. Wir müssen hier aber, um unserer Frage näher zu rücken, solche Fälle in's Auge fassen, in welchen das Fideicommiß ohne Rücksicht auf die Möglichkeit des rechtlichen Zwanges, selbst also, wenn der Onerirte dasselbe freiwillig erfüllen wollte, keinen Erfolg haben könnte; solche Fälle, wie wir sie früher bei Legaten näher betrachtet haben. Ist die oben aufgestellte Ansicht über den innern Grund der Catonianischen Regel richtig, so erscheint die Anwendung derselben auf Fideicommisse in diesen Fällen keineswegs unangemessen. Hatte z. B. Jemand seinem eigenen oder seines Erben Sklaven sine libertate ein unbedingtes Fideicommiß gegeben, so nahm man wohl eben so wenig wie bei Legaten schlechthin an, daß dieses durch die Freilassung oder Veräußerung des Sklaven vor dem Tode des Testators gültig werde. Freilich konnte in der Anwendung die Catoniana regula sich hier nie so streng erweisen. Denn da die Fideicommisse keine Form erforderten, so mußte das Fideicommiß wirksam werden, wenn nach eingetretener Veränderung der Umstände irgendwie erhellte, daß des Erblassers Wille bei der früher ausgesprochenen Verfügung beharrte. Ganz richtig scheint mir indessen der Gedanke Harnier's, daß, nachdem für die Fideicommisse eine bestimmte Form eingeführt worden, die Catonianische Regel auch bei ihnen strenger zur Anwendung gekommen sei.

Wie man auch darüber denken mag, so scheinen mir für das Justinianische Recht mehrere Stellen die Unzulässigkeit der Meinung, daß in den erwähnten Fällen bei Legaten und Fideicommissen die Catonianische Regel weg-

Digitized by Google

falle, darzuthun. So L. 8. §. 1. D. de legat. III. Paul. lib. I. fideicommiss.:

> Seruo heredis fideicommissum utiliter non relinquitur; nisi fidei eius commiserit ut seruum manumittat.

Ferner L. 4. Cod. de legat. Antonius A. Sulpitio:

> Seruis testamento dominorum non data libertate legatum seu fideicommissum relictum non ualet: nec conualescere potest, licet post mortem testatoris libertatem aliqua ratione consecuti sint.

Zwar sagen diese Stellen nicht ausdrücklich, daß das Fideicommiß in solchen Fällen auch bei veränderten Umständen unwirksam sei; ja aus L. 4. cit. könnte man durch das argumentum a contrario beweisen wollen, daß, wenn die Veränderung bei Lebzeiten des Testators eingetreten sei, das dem eignen Sklaven hinterlassene Fideicommiß allerdings gültig werde. Aber man weiß, wie unzuverlässig das argumentum a contrario bei Rescripten ist, und es würde auch hier für die Zeit des Rescripts jedenfalls zu viel beweisen, da dasselbe auch von Legaten spricht. Wenn nun, wie wir bereits gesehen haben, in mehreren Stellen der Pandecten und auch in den Institutionen der Satz, daß die einem eigenen oder des Erben Sklaven vermachten Legate ungültig seien, ausführlich erklärt, das Gegentheil aber von Fideicommissen nirgend angedeutet wird, so kann man mit Recht sich auf L. 8. §. 1. und L. 4. citt. als Argumente dafür berufen, daß vielmehr im Justinianischen Recht für Fideicommisse, wie für Legate dieselbe Regel gelte; unmöglich kann man annehmen, daß alle die von Legaten noch so bestimmt jene Regel aussprechenden Stellen in der That für das Justinianische Recht nicht mehr gelten sollen.

Besonders bedeutend ist noch für denselben Fall L. 30.

Digitized by Google

§. 8. D. ad L. Falcid., in welchem Legat und Fideicommiß nebeneinander gestellt werden:

Maecianus lib. 8. fideicommissorum.

Cum lex Falcidia interuenit, non ueniunt in contributionem, quae ipsi heredi a semetipso, uel seruo eius legata fideiue commissa sunt. Alia causa est eorum, quae in diem certum dantur: nam si libertatis dies coepit cedere, ei debebuntur, et in contributionem ueniunt. Ac ne ea quidem, quae quis seruis suis inutiliter sine libertate legauit fideiue commisit, in computationem eius legis cedunt.

Zuerst ist zu bemerken, daß auch in dieser aus einem Werke über Fideicommisse entlehnten Stelle wieder die Ungültigkeit der Fideicommisse, wie der Legate an den Sklaven des Erben schlechthin vorausgesetzt wird, und in sofern gilt von ihr, was von der leztcitirten gesagt ist. Aber besonders wichtig ist diese Stelle noch durch den mittleren Satz: alia causa est eorum etc. Warum bei den Legaten in diem certum etwas anders gelten soll, sieht man nicht ein, da deren dies morte testatoris cedit. Cujacius hat daher vorgeschlagen, statt in diem certum zu lesen die incerta, und diese Emendation scheint mir wohl begründet. Durch sie erhalten wir dann gerade eine Anwendung der Catonianischen Regel und der von ihr geltenden Beschränkung bei bedingten Vermächtnissen.

Dasselbe, was wir hier von den einem eignen oder des Erben Sklaven gegebenen Vermächtnissen gesagt haben, können wir auch von dem Vermächtniß einer eigenen Sache des Legatars oder Fideicommissars behaupten.

Ein Rescript von Diocletian und Maximian, L. 13. Cod. de legatis sagt allgemein:

proprias res tuas legari, uel fideicommitti tibi non potuisse, certum est.

Digitized by Google

Wenn nun außerdem die bestimmtesten Stellen sagen: das unbedingte Legat einer dem Legatar eigenen Sache sei und bleibe ungültig, ob auch die Sache vor dem Tode des Testators in eines andern Eigenthum übergegangen sei [57]; wenn namentlich noch die Institutionen recht ex professo diesen Satz aussprechen [58], so ist es gewiß allen Regeln für Interpretation des Justinianischen Rechts völlig gemäß, denselben noch als geltend anzunehmen. In der That haben auch selbst solche, welche die Catonianische Regel sonst als unpraktisch verwerfen [59], die völlige Ungültigkeit des unbedingten Legats einer eigenen Sache des Legatars nach §. 10. I. cit. unbedenklich behauptet. Wir haben aber oben in §. 3. gesehen, daß diese Stelle nichts als eine reine Anwendung der Catonianischen Regel enthält, wie dies aus L. 41. §. 2. D. de legat. I. deutlich genug hervorgeht. Wer daher unserer Meinung von der fortdauernden Anwendbarkeit jener Regel nicht beipflichtet, der wird wenigstens zugeben müssen, daß er nicht ohne Inconsequenz den ganzen Inhalt des §. 10. Instt. cit. als noch praktisch gelten lassen kann.

57) L. 41. §. 2. D. de legatis I.

58) §. 10. I. de legatis.

59) Thibaut System §. 752. Vgl. oben Anm. 37.

Digitized by Google

X.

Zwei Nachträge zu Num. V.

Von Blume.

Die ungedrukten Fragmente, welche ich dem ersten Hefte dieses Bandes angehängt habe, sind bereits der Gegenstand anderweitiger Mitteilungen geworden, aus denen ich Folgendes zu näherer Berichtigung und Ergänzung herauszuheben eile:

I. In dem Fragment: Quot sunt genera iudicum (S. 129 ff.) erscheinen die sieben iudices palatini Herrn Geh. Ob. Revisionsrath von Savigny keineswegs als ein stehendes Richtercollegium, sondern nur als höhere, alterthümliche Verwaltungsbeamte ohne alle Gerichtbarkeit; „denn daß sie im J. 997 mit Andern als kaiserlich-päbstliche Schöffen in einem Placitum vorkommen, beweiset gar nichts, indem ja ein solches Placitum jedesmal willkührlich mit Beamten aller Art besezt werden konnte.“ Diese Erklärung ist denn auch wohl natürlicher, als die Annahme eines höheren Richtercollegiums (nach Bunsen sogar von zweien), dessen Stellung und Thätigkeit doch sicher nicht so spurlos für uns vorübergehen konte, als es mit den sieben palatinischen iudices doch wirklich der Fall ist.

Digitized by Google

II. Das lezte räthselhafte Fragment, welches fast mehr einem Wörterbuche gleicht als einem juristischen Werke (S. 138), ist seitdem noch einmal abgedrukt worden (Göttinger gel. Anzeigen 1832. Num. 166. 167), indem wir Herrn O. A. Rath Spangenberg, dem schon das Verdienst der Entdeckung gebührte, nun auch noch eine genauere Angabe aller Abbreviaturen des Originals verdanken. Besonders wichtig aber ist der hinzugefügte theologische Inhalt der Rükseite desselben Blattes, welcher vielleicht über den eigentlichen Ursprung des Ganzen noch künftig einiges Licht verbreiten könte. Für jezt freilich sind wir dieser Hofnung nicht näher gerükt; wenigstens habe ich in Beda's Werken, an welche Herr O. A. R. Spangenberg zunächst gedacht hatte, keine weitere Spur unseres Fragments entdecken können.

Digitized by Google

XI.

Ueber den solutionis causa adiectus.

Von Herrn Dr. Brandis
in Marburg.

Einleitung.

§. 1.

In unsern Quellen finden sich nicht wenig Beispiele von Stipulationen, in welchen eine Leistung zweien Personen alternativ zugesagt wird, in der Regel: dem Stipulirenden oder einem Dritten, *mihi aut Titio dare spondes?* spondeo; worin also den Worten nach der promissor sich Einem oder dem Anderen obligirt. Welchen Erfolg diese Art der Stipulation hervorbringe, bestimmt sich zunächst nach dem so sehr natürlichen Grundsatz des Obligationenrechts, daß aus Verträgen für einen Dritten, wenn nicht der Contrahent in seiner potestas stand, kein Forderungsrecht entstehen kann, (was nur wenige, singuläre Ausnahmen erleidet), daß dagegen unter den Contrahenten selbst ein Vertrag zu Gunsten Dritter allerdings dann von Wirkung seyn soll, wenn dessen Erfüllung für die Contrahenten ein Interesse hat [1]). Daraus ergibt

1) §. 20. Inst. de inutil. stip. (3, 19.) l. 38. §. 20-23. D. de Verb. obl. (45, 1.) Man verwischt ein sicheres wissen-

Digitized by Google

sich, daß, abgesehen von besondern Fällen, auch durch die erwähnte Art der Stipulation nur ein Rechtsverhältnis zwischen dem stipulator und promissor entsteht, also vor allem die Forderung aus der Stipulation lediglich vom stipulator erworben wird [2]). Die Worte *mihi dare spondes* müssen sonach als die eigentliche Grundlage der Stipulation angesehen werden, und die alternative Beziehung auf den Dritten, *aut Titio*, bleibt für den Erwerb einer Forderung aus dem Vertrag ganz irrelevant, kann deshalb aber auch dem Erwerb des stipulator nicht im Wege stehen. So darf es denn keineswegs auffallen, daß während sonst bei Stipulationen die Antwort des promissor der Frage des stipulator so sehr genau entsprechen mußte, die Erwähnung des Dritten auch nicht einmal generell mit in die Antwort aufgenommen zu werden brauchte; auf die Frage: *mihi aut Titio* dare spondes? bewirkte die Antwort: *tibi* dare spondeo, eine vollgültige Obligation [3]). Obgleich nun das Hinzufügen des Dritten als ein ganz überflüssiger Zusatz hätte betrachtet werden können, so waren doch die Römischen Juristen sorgfältiger und interpretirten dasselbe so, daß es wenigstens unter den Contrahenten rechtliche Wirkungen hervorbrachte. Man nahm nämlich an, daß, bei dem einmal feststehenden und jedermann bekannten Rechtsgrundsatz, daß Dritte aus Verträgen keine Forderung er-

schaftliches Princip, wenn man noch neben diesem Gesichtspunkt die Festsetzung einer Conventionalstrafe und die Verabredung, daß die Zahlung für den Contrahenten an einen Dritten geschehen könne, als besondere Fälle aufführt (wie v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilr. Bd. III. §. 86. a. E.), denn beide lassen sich auf jenen zurückführen, was rücksichtlich des letztern sich nachher zeigen wird.

2) §. 4. I. de inutil. stip. l. 7. §. 1. l. 8. D. de pecun constit. (13, 5.) l. 59. D. de iure dot. (23, 2.) l. 141. §. 3. D. de uerb. obl. (45, 1.) l. 28. pr. D. de stipul. seruor. (45, 3.) l. 16. pr. D. de fideiuss. (46, 1.)

3) L. 141. §. 3. D. de uerb. obl. (45, 1.)

Digitized by Google

werden könnten, die Paciscenten auf den Dritten gar nicht obligationis causa, sondern nur solutionis causa Bezug genommen haben könnten [4]), d. h. daß durch eine Zahlung des promissor an den bestimmten Dritten die mit dem *stipulator* bestehende obligatio erfüllt werde. Eine gewiß eben so natürliche als jener Stipulationsform genau entsprechende Auslegung: der stipulator verlangt und der promissor verspricht den Worten nach nur, daß an den stipulator oder den Dritten gegeben werde; es darf also hiernach auch dem letzteren gegeben werden; nun wird aber die Forderung bloß vom stipulator erworben, was bleibt also, wenn die Alternative nicht ganz unberücksichtigt bleiben soll, übrig, als die Befugnis des promissor, an den Dritten, aber freilich nun das dem *stipulator* gebührende Object, zahlen zu dürfen [5]). Daß der Schuldner bei einer solchen Befugnis interessirt seyn wird, ergibt das tägliche Leben, da ja die Zahlung an Einen mit weniger Schwierigkeiten verbunden seyn kann, als an einen Andern, und noch weniger bedarf es der Beispiele, um ein Interesse des Gläubigers darzuthun, der sich durch den Vertrag die Wahl, ob an ihn oder den Dritten gezahlt werden solle, vorbehalten kann [6]). So rechtfertigt sich diese Auslegungsregel der Römischen Juristen, wonach die Beziehung auf den Dritten Wirkungen unter den Contrahenten (in Bezug auf die Zahlung) hervorbringt, vollkommen.

§. 2.

Es findet sich zwar in ein Paar Stellen [7]) noch eine

4) L. 56. §. 2. l. 141. §. 3. D. de uerb. obl. l. 16. pr. l. 23. D. de fideiuss. (46, 1.) l. 95. §. 5. fin. l. 98. §. 5. D. de solution. (46, 3.)

5) Das Nähere über diese Befugnis s. unten §. 23. ff.

6) L. 118. §. 2. D. de uerb. obl. (45, 1.) vergl. unten §. 24. Die Stelle weist ausdrücklich auf das Interesse des Gläubigers hin.

7) L. 141. §. 6. D. de uerb. obl. l. 98. §. 5. D. de solut. (46, 3.)

Digitized by Google

zweite Erklärung der Stipulation: mihi aut Titio spondes, wonach sie wie eine bedingte angesehen werden soll, als wäre stipulirt: si Titio non dederis, mihi dare spondes. Allein da die Worte unbedingt lauten, so kann dieser Interpretation nur dann Raum gegeben werden, wenn die Absicht der Contrahenten erweislich auf eine bedingte Stipulation ging; dies wird auch in einer jener Stellen ausdrücklich anerkannt [8]), und müßte schon deßwegen angenommen werden, weil in den andern Stellen, wo diese Auslegung vorkommt, gerade Fälle zu Grunde liegen, in denen aus besondern Gründen an der Anwendbarkeit der ersten Auslegung gezweifelt werden konnte [9]), während diese im übrigen in einer so großen Zahl von Stellen unwiderleglich anerkannt ist [10]). Für die erste dieser beiden Erklärungen, welche übrigens wesentlich verschiedene Wirkungen zur Folge haben, wie sich unten (§. 23.) zeigen wird, streitet demnach die Vermuthung, und sie bewirkt gerade das Verhältniß, welches Gegenstand der gegenwärtigen Abhandlung seyn soll, nämlich das Verhältniß einer bestimmten in einem Vertrag genannten dritten Person, welche zwar ganz außer dem ursprünglichen Obligationsnexus steht, an die aber wirksam Zahlung geleistet werden kann, und die nach Empfang der Zahlung als Mandatar des Gläubigers behandelt wird.

§. 3.

Man nennt diesen Dritten gewöhnlich *solutionis causa adiectus* oder schlechtweg *adiectus*, welcher Aus-

8) L. 98. §. 5. D. cit. vergl. unten §. 16.

9) S. wegen l. 98. §. 5. cit. unten Not. 79, und wegen L. 141. §. 6. D. cit. unten §. 19.

10) Mittelbar oder unmittelbar in allen über unsern Gegenstand im Verlauf vorkommenden Stellen.

Digitized by Google

druck auch in unsern Quellen mehrmals vorkommt [11]), jedoch keineswegs etwa technisch für dieses Verhältniß ist, da alles, was zu der einfachen zu Grunde liegenden stipulatio, sey es in Object oder Subject, einschränkend oder erweiternd hinzugefügt wird, mit adiicere, adiectio bezeichnet zu werden pflegt [12]). Darum erscheint wenigstens der einfache Ausdruck adiectus ungenügend, und wo er in den Quellen so vorkommt, ist es sehr wahrscheinlich, daß hier die Stellen aus einem Zusammenhang herausgenommen sind, der die sonst nöthige nähere Bezeichnung überflüssig machte. Es mag jedoch auch in der gegenwärtigen Abhandlung das Wort der Kürze wegen so gebraucht werden.

§. 4.

Während wir nun das Verhältniß des adiectus bloß in der bisher beschriebenen Weise in den Römischen Quellen vorfinden, nämlich so, daß scheinbar eine *obligatio* mit auf einen Dritten bezogen, dies aber durch Interpretation bloß auf die solutio beschränkt wird, versteht es sich wohl von selbst, daß auch eine ausdrückliche Verabredung dahin gehen kann, daß die Zahlung an einen bestimmten Dritten geschehen könne, und dieß muß, da jene Interpretation der Stipulation: mihi aut Titio dare

11) L. 12. D. de operis libert. (38, 1.) l. 141. §. 7-9. D. de uerb. obl. (45, 1.) l. 12. 28. pr. D. de stipul. seruor. (45, 3.) l. 23. D. de fideiuss. (46, 1.) l. 59. 95. §. 5. 7. D. de solut. (46, 3.)

12) Vergl. z. B. Gai. III, 103. l. 1. pr. l. 7. §. 1. l. 11. (s. unten §. 9.), l. 17. D. de stip. seruor. (45, 3.) u. a. So kommen auch für unser Verhältniß die gleichbedeutenden Ausdrücke accessio, apprehendere, und dergl. vor. L. 44. §. 4. D. de obl. et act. (44, 7.) l. 56. §. 2. fin. D. de uerb. obl. (45, 1.) Die Basiliken haben für adiecta persona, πρόσωπον παρ' ἐμοῦ προτεθέν, Basil. 26, 5. (Fabr. T. IV. p. 153.) bisweilen auch bloß καταβολῆς δεκτικός, Basil. ib. p. 139. Schol. anonym. ad Bas. 28, 8. (p. 401.)

Digitized by Google

spondes? einmal zur gesetzlichen erhoben ist, mit dieser im Zweifel gleiche Wirkungen hervorbringen; weshalb die hierüber aufgestellten Grundsätze in subsidium auch auf die ausdrücklichen Verabredungen jener Art anzuwenden sind. In den Lehrbüchern des Civilrechts findet sich aber über die mehrerwähnte Interpretation nichts, und man hat sie vielmehr bei Auseinandersetzung der Verhältnisse des adiectus schon vorausgesetzt, und alles bloß aus dem Standpunkt behandelt, wie wenn geradezu verabredet wäre, daß die Zahlung an einen Dritten geschehen könne [13]). Dieß ist jedoch schon deßhalb nicht angemessen, weil für die richtige Entwickelung des Gegenstandes auch von dem in den Quellen allein zum Grunde liegenden Verhältnis ausgegangen werden muß, besonders da hier nur dieses den vollen Stoff für eine rechtliche Deduction der Sache darbietet, die, so weit ausdrückliche Verabredungen da sind, unnöthig wird; es ist aber vorzüglich deshalb ungenügend, weil ja auch bei uns alternative Verträge der oben bezeichneten Art (es müssen ja nicht gerade Stipulationen seyn) vorkommen können, und kein Grund da ist, eine andere Auslegung und andere Wirkungen für sie anzunehmen, als in den Römischen Quellen; denn daß bei uns die Beschränkung der Wirkungen, welche Verträge auf dritte Personen haben sollen, nach dem Naturrecht weggefallen wäre, „setzt den „zwiefach unmöglichen Beweis voraus, daß das Natur„recht hier wirklich dem Römischen Recht widerstreite, „und diesem vorzuziehen sey [14])."

13) Thibaut Pandekt. §. 88. v. Wening-Ingenheim Lehrb. III. §. 109. B. 4. Mühlenbruch doctr. Pand. III. §. 602. (ed. 2.) — Schweppe Röm. Priv. Recht (ed. 3.) §. 377. Auf der andern Seite erwähnt eine ausdrückliche Verabredung der letzten Art gar nicht Bucher, Recht der Ford. §. 21, ohne doch die Stipulation mihi aut Titio näher zu erklären.

14) Thibaut Pandekt. §. 160. a. E.

Digitized by Google

§. 5.

Ueber das Verhältnis des sol. causa adiectus ist bisher wenig geschrieben; was in den neueren Pandekten-Compendien, und selbst in Bucher's Recht der Forderungen, darüber enthalten, ist sehr mangelhaft [15]), und Gegenstand einer besondern Abhandlung ist es meines Wissens seit Majansius nicht geworden; dessen Abhandlung [16]) aber enthält nicht eine Entwickelung des Gegenstandes aus den Grundsätzen des Obligationenrechtes, sondern nur eine sehr ungeordnete Zusammenstellung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen über denselben. Besser, jedoch ebenfalls in sehr vieler Rücksicht ungenügend ist die vor ihm erschienene Dissertation von Rudelius [17]). Außerdem aber ist etwas Bedeutenderes nur bei Gelegenheit der solutio über unseren Gegenstand abgehandelt worden [18]), namentlich von Donellus [19]), Brissonius [20]) und Fr. Florens [21]). Das brauchbarste von Allem, was darüber geschrieben ist, ist ohne Zweifel das von Donellus.

---

15) Vergl. die in Note 13. citirten. Thibaut scheint überdies den adstipulator mit zu den adiectis zu zählen; darüber s. unten Note 99.

16) De adiecto solutionis gratia, in seinen Disputationes iuris, Tom. I. No. VIII.

17) Gotth. Rudelius Diss. de adiecto, Altdorf. 1692; bei ihm wird öfters noch ein tract. de adiecto von Stracchа erwähnt, welchen ich aber nicht Gelegenheit gehabt habe zu lesen. — Rudelius macht doch schon auf das Interesse der Contrahenten bei Verabredung des adiectus aufmerksam, in §. 5. u. 19.

18) Einzelne gute Bemerkungen finden sich in den verschiedenen Schriften von Cujacius; eine gedrängte Zusammenstellung der hauptsächlichsten Bestimmungen über den adiectus, in seinen Commentar. in uar. Dig. tit., ad l. 55. D. de uerbor. oblig.

19) Comment. i. c. Lib. XVI. c. X. §. 31-38.

20) De solut. et liber lib. I. in seinen Opera uaria. Paris. 1606. 4. p. 176. sqq.

21) Tract. ad tit. de solut. et liber. in seinen Opera iuridica, ed. I. Douiatius, Paris. 1679. 4. Tom. II. p. 339-345.

Digitized by Google

Unser Gegenstand wird sich nun einfach nach den Drei Fragen abhandeln lassen: wie wird ein adiectus gültig verabredet? was hat seine Festsetzung für rechtliche Wirkungen? und, wie hört man auf adiectus zu seyn?

§. 6.

I. Entstehung, Verabredung des adiectus.

1. Art und Weise der Verabredung.

I. Was die Entstehung des hier zu besprechenden Verhältnisses, besonders die Erfordernisse der gültigen Verabredung eines adiectus (der adiectio) betrifft, so müssen wir zunächst

1) die Art und Weise der Stipulation noch näher betrachten, wodurch ein adiectus als verabredet angenommen wird. Dabei versteht es sich von selbst, daß von einem adiectus nicht die Rede seyn kann, wenn die Stipulation selbst nicht gültig ist [22]). Es muß vielmehr vor allem α) ein bestimmtes Subject da seyn, welches die Forderung aus der Stipulation erwirbt, und β) daneben dann noch eine Person bezeichnet seyn, auf welche die Obligation alternativ mit bezogen wurde, die aber die Forderung nicht erwerben kann.

α) Jenes ist bei unsrer alternativen Stipulation vorzüglich zu beachten; denn es bedarf zwar keiner Erwähnung, daß die Stipulation nichtig ist, in welcher zweien Personen alternativ versprochen wurde, von denen keine die Forderung erwerben kann (z. B. zwei extranei); allein eben so ungültig ist auch auf der andern Seite die Stipulation, in welcher beide alternativ genannte Per-

22) Ohne obligatio kann keine solutio, ohne stipulatio keine adiectio gedacht werden. L. 141. §. 7. D. de uerb. obl. „scilicet nisi quod ad me (stipulatorem) tum acceperit obligatio, adiectio nihil potest ualere."

Digitized by Google

sonen auf gleiche Weise die obligatio erwerben könnten, weil es dabei völlig ungewiß bliebe, welche von ihnen die Forderung wirklich erwerbe, und also kein Subject der Obligation auszumachen wäre [23]). Denn es darf nicht übersehen werden, daß in diesem Fall (Titio *aut* Sempronio dare spondes, wenn beide die potestas über den Stipulirenden haben) nach den Worten der Stipulation nur einem von beiden die Forderung erworben werden kann, daß also eine active Correal-Obligation, an die man etwa denken möchte, nicht entstehen kann, da bei dieser jeder von beiden eine Forderung erlangen muß, obgleich auch nur Einem gezahlt wird; dafür ist daher die Stipulationsform: Titio decem dare spondes? *eadem* decem Sempronio dare spondes? [24]) Läßt demnach der gemeinschaftliche Sklave zweier Herren, für einen oder den andern derselben etwas versprechen, so ist die Stipulation in der Regel nichtig [25]), und nur dann gültig, wenn aus irgend einem Umstand mit Sicherheit einer der beiden domini als Acquirent der Obligation [26]) hervorgeht, z. B. weil der eine bloß den Nießbrauch am Sklaven hatte und deshalb ex re aliena durch ihn nicht erwerben kann [27]), oder weil eine accessorische Obligation

23) „Nam cum *uterque obligationis capax sit*, non inuenimus quis adiectus sit, *quia non est, qui petere possit.*" l. 12. D. de stipulat. seruor. (45, 3.)

24) In Bezug auf das vorliegende Beispiel ist daher l. 29. D. de stip. seruor. (45, 3.) mit den Stellen der folgenden Note zu vergleichen.

25) L. 9. §. 1. l. 10-13. l. 21. D. de stip. seruor. (45, 3.)

26) So daß der andere dann wieder sein adiectus wird, wie gewöhnlich.

27) L. 1. §. 5. D. de stip. seruor. (45, 3.) „Si fructuarius seruus stipulatus esset fructuario aut proprietario, si quidem *ex re fructuarii* stipulatus esset, *inutilis* est stipulatio, *quia utrique* ex re fructuarii *actionem acquirere potuisset;* sed si aliud stipulatus fuisset, *proprietarium petere* posse, et si promissor *fructuario soluisset*, liberatur." — l. 28. pr. eod. l. 98. §. 7. D. de solution. (46, 3.) — Vergl. Zimmern Geschichte des Röm. Rechts. Bd. I. S. 679.

Digitized by Google

in Frage ist, und die Principal-Obligation, worauf jene sich bezieht, bloß einem der beiden domini zusteht [28]).

§. 7.

Dieselben Grundsätze müssen auch dann gelten, wenn einer von den wenigen Fällen vorliegt, wo einem Dritten, in dessen potestas der Contrahent nicht ist, eine Forderung wenigstens utiliter erworben werden kann; es entsteht deshalb keine Forderung, wenn zwei Personen alternativ genannt wurden, von denen jede eine solche utilis actio erwerben könnte; wenn z. B. Jemand unter der Auflage schenkt, an den Titius oder Sempronius das Geschenk herauszugeben, so würde die in l. 3. C. de donat. quae sub modo (8, 55.) verliehene utilis actio keinem von ihnen zustehen, wenn auch unter den Contrahenten selbst der Vertrag Wirkung hat, d. h. der Schenker, wenn die Auflage nicht erfüllt ist, condiciren könnte. Allein eine scheinbar entgegenstehende Entscheidung finden wir in dem Fall, daß der Vater oder Großvater ausbedingt, die von ihm der Tochter gegebene dos solle an ihn oder seine Tochter zurückerstattet werden. Hier ist nach der Meinung des Paulus [29]) der Vertrag gültig, obgleich nach des Großvaters Tode der Tochter eine utilis actio auf die dos eingeräumt ist. Dieß steht jedoch deswegen mit der obigen Regel nicht in Widerspruch, weil zunächst bloß dem stipulirenden Großvater die Obligation erworben wird, dieselbe also jedenfalls ab initio gültig contrahirt ist, da durchaus keine Ungewißheit im Subject der Obligation Statt findet; die directa actio steht nur dem Stipulirenden und seinen Erben zu,

28) L. 16. pr. D. de fideiussor. (46, 1.) So könnten noch manche andere Gründe vorkommen, vergl. z. B. l. 8. D. de stipul. seruorum.

29) L. 45. D. soluto matrimon. (24, 3.) (Paulus lib. IV. quaest.)

Digitized by Google

und der Tochter als adiecta kann eigentlich nur gültig Zahlung geleistet werden, ohne daß sie nach strengem Recht eine Forderung hat [30]; daß aber nun (nach des Großvaters Tode) neben der directa actio noch eine andere Person zur utilis actio berechtigt wird, ist ja auch sonst nichts ungewöhnliches.

§. 8.

Etwas ganz Anderes, als die Stipulation zu Gunsten zweier gleich fähigen Personen, ist es, wenn ein Sklav oder Haussohn sich oder seinem Herrn, resp. Vater, etwas stipulirt. Hier ist das Subject der Obligation nicht unsicher, die Stipulation also gültig [31], da ja utroque nomine bloß der, welcher die potestas hat, die Forderung erwirbt. Dasselbe ist der Fall, wenn umgekehrt der Vater oder Herr sich oder dem, den er in der Gewalt hat, etwas stipulirt; denn er erwirbt auch dadurch, daß er seinem Sohn (oder Sklaven) stipulirt [32].

---

30) L. 45. cit. „Respondi, in persona quidem neptis uideri *inutiliter* stipulationem esse conceptam; — — sed dicendum est, Seiae posse dotem *solui*, quamuis actio ei directo non competat, ac si *sibi aut illi dari* auus stipulatus esset" rel. (Einen sonderbaren Fehler hat bei dieser Stelle Fabrot's Uebers. der Basiliken 28, 8. (T. IV. p. 358.) ἀγωγὴν δὲ κατὰ τοῦ ἀκριβὲς ἐκ τῆς ἐπερωτήσεως τοῦ κατὰ μητέρα πάππου οὐκ ἔχει. Fabr.: actionem autem ex stipulatu summo iure *aduersus auum maternum* non habet.) — Durchaus unrichtig würde es daher seyn, wenn man von diesem Fall auf den schließen wollte, wo der Stipulirende sich nicht mit zum Subject der Obligation macht, wenn z. B. der Großvater die Herausgabe der dos an einen oder den andern seiner Enkel stipulirt hätte; hier kann der Regel gemäß keiner von diesen aus dem Vertrag des Großvaters (nach l. 7. C. de pact. sup. dot. 5, 14.) klagen.

31) In der l. 95. §. 5. D. de solut. (46, 3.) wird nicht gesagt, daß die Stipulation: mihi aut patri, ungültig sey, sondern nur ausgesprochen, daß der *parens* dabei nicht anders *adiectus* werden könne, als wenn er die Obligation nicht acquirirt. Vergl. unten §. 13.

32) L. 39. D. de uerb. obl.

Digitized by Google

In diesen Fällen sollte man nun erwarten, daß eben, weil utroque nomine der Herr oder Vater die Obligation erwirbt, kein adiectus entstehe, also nicht etwa der Sohn oder Sklav deshalb dafür gehalten werden könnte, weil sie die Forderung für ihre Person nicht erwerben; denn die gesetzliche Interpretation, aus welcher die Annahme des adiectus hervorgeht, beruhte ja auf der Voraussetzung, daß die Stipulation in Bezug auf die eine Person nicht obligationis causa erklärt werden könne, welche Voraussetzung hier gerade nicht gemacht werden kann, da es wenigstens ungewiß bliebe, durch welche von beiden Namen in der Stipulation dem Herrn (resp. Vater) die Forderung erworben werden sollte; ob durch seinen eignen, oder den des Sklaven (Sohnes), da beides möglich ist. Aber eben hier ergiebt sich recht deutlich, daß nur eine Interpretationsregel über die vermuthliche Absicht der Parteien zum Grunde liegt; denn in dem zuletzt angeführten Fall, (wo der Herr oder Vater stipulirt) haben wir den ausdrücklichen Ausspruch, daß das Nennen des Sohnes oder Sklaven offenbar nur solutionis causa geschehen seyn könne, also dieser adiectus werde [33]). Bedenkt man nämlich, daß die Stipulation des Vaters oder Herrn: filio (seruo) meo dare spondes, gewiß die ungewöhnlichere war, so mußte man bei der: mihi aut filio, wohl sehr natürlich annehmen, daß die Obligation durch das *mihi* erworben seyn sollte, und der Sohn um so mehr nur solutionis causa adjicirt sey, als dieser überhaupt selbständig eine Forderung in der Regel nicht erwerben konnte, der stipulator also keine andere Absicht dabei haben konnte, als wenn er eine mit ihm in keinem Verhältniß stehende dritte Person adjicirt hätte.

33) L. 56. §. 2. D. de uerb. obl. (45, 1.) l. 95. §. 5. D. de solution.

Digitized by Google

Stipulirte hingegen der, welcher *in potestate* war: mihi aut domino (patri); so läßt sich nicht daſſelbe ſagen: denn ob der Sklave sibi, oder ob er domino suo ſtipulirte, iſt ganz gleich [34]; und vielmehr muß auch hier eher die Regel wieder für das mihi ſeyn, wie das bei allen Stipulationen der Fall iſt; war deshalb durch das mihi die Stipulation dem *dominus* erworben, ſo könnte das *aut domino* nur als überflüſſiger Zuſatz erſcheinen, und man kam wohl gar nicht einmal auf die Frage, ob nicht vielmehr das vorangeſetzte *mihi* bloß solutionis causa da ſey; denn ſelbſt auf die Stellung der beiden genannten Perſonen in der Stipulation ſcheint man Rückſicht genommen und in der Regel nur bei der nach dem aut folgenden die Interpretation, daß ſie solutionis causa adjicirt ſey, angewendet zu haben [35]. Deshalb iſt denn in der l. 95. §. 5. D. de solution., wo die Stipulation mihi aut patri vorkommt, bloß die Frage entſchieden, in wiefern der Vater dabei adiectus ſeyn könne, die andere aber gar nicht aufgeworfen, ob, wenn der Vater Subject der Stipulation wird, nicht der

---

34) §. 1. I. de stip. seruor. (3, 17.) l. 1. pr. l. 15. D. eod. (45, 3.)

35) Dagegen kommen nur vor l. 45. D. solut. matr. (24, 3.) u. l. 1. §. 5. D. de stip. seruor. (45, 3.) weshalb Rudelius §. 17. und Maiansius l. c. §. 5. es für ganz einerlei halten, ob der creditor oder adiectus zuerſt geſtanden habe. Allein genauer betrachtet, ſind jene beiden Stellen dazu nicht hinreichend; vielmehr läßt ſich ſogar aus l. 45. cit. ein Gegenargument daraus vernehmen, daß Paulus ſagt, es könnte der Seia gezahlt werden, ſo als wenn der Großvater *sibi* aut illi dari stipulatus esset, (ſ. oben Note 30) während die Stipulation lautete: dos *Seiae* uel auo materno restitueretur; zudem bekam ja hier auch die adiecta eine utilis actio. Darum erklärt ſich wohl, was dem Rudelius ſo auffiel, daß Cuiacius Observatt. XXI, 14. dieſe Stelle gerade umgekehrt für die Meinung anführt, daß der adiectus nicht vorangehen dürfe; zu weit geht er übrigens, wenn er meint, die Stipulation könne anders gar nicht gültig ſeyn, und deshalb in l. 1. §. 5. cit. die Worte proprietario und fructuario geradezu umſtellen will.

Digitized by Google

Sohn dabei als adiectus gelten könne [36]). Deshalb muß man denn überhaupt, da hierüber eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, bei der Stipulation mihi aut patri (domino) die Regel festhalten, daß dadurch gar kein adiectus entstehe, da utroque nomine die Obligation dem, der die potestas hat, erworben wird.

Auch Majansius [37]) ist dieser Meinung; aber freilich ist der Hauptgrund, den er dafür angiebt, nicht haltbar. Er meint nämlich, nur durch den Gläubiger selbst könne die Befugnis, an einen adiectus zu zahlen, eingeräumt werden; bei der Stipulation eines Sklaven oder Hausſohnes könnten daher diese letzteren nicht gültig adjiciren. Allein der dominus (parens) erwirbt ja die Stipulation nur mit der in ihr selbst enthaltenen Beschränkung, weshalb z. B. der Stipulation des Sklaven: *domino aut extraneo* nichts im Wege steht, sondern dabei der extraneus wie jeder andere adiectus gilt [38]). Noch einen zweiten Irrthum in den bisher erörterten Fällen begeht Majansius, wenn er meint, daß der Sohn oder Sklav auch dann als adiectus gelten könne, wenn der Vater oder Herr bloß ihm (filio [seruo] dare spondes?) stipulirt habe, weil sonst kein Grund abzusehen wäre, warum er filio und nicht sibi stipulirt habe [39]).

---

36) Nicht anders ist es rücksichtlich des stipulirenden seruus in der l. 11. D. de stipul. seruor., allein da war freilich das mihi unentbehrlich für den Erwerb der obligatio, konnte also auf keinen Fall den seruus zum adiectus machen. Die Erklärung dieser Stelle gleich nachher §. 9.

37) Disp. de adiect. l. c. §. 2. a. E.

38) „Cum enim stipulatur *domino aut extraneo* seruus, utrumque consistat, et in domini persona stipulatio *et in extranei solutio;*" etc. l. 13. D. de stipul. seruor. (45, 3.) Eben so sind ja auch oben §. 6. a. E. einige Fälle erwähnt worden, wo ein Sclave durch seine Stipulation einen Herrn zum Gläubiger, einen andern zum adiectus macht.

39) Maianus. l. c. §. 2. a. A.

Digitized by Google

Allein eine ausdrückliche gegentheilige Bestimmung [40]) bestätigt hier wieder die Regel, daß nur dann der in der Stipulation Genannte adiectus seyn kann, wenn sein Vorkommen nicht obligationis causa erklärt werden kann; und in unserm Fall erwirbt ja der Stipulirende die Forderung gerade nur durch das Nennen des filius oder seruus.

§. 9.

Ein zwischen dem Fall, daß zweien gleich fähigen Personen alternativ stipulirt wird, (was wirkungslos ist) und dem, daß ein Sklave sibi aut domino stipulirt, in der Mitte stehender Fall ist noch der, wenn ein Sklave sich und zweien dominis alternativ versprechen läßt. Darüber ist folgende interessante Stelle von Ulpianus libr. 48. ad Sabinum [41]) vorhanden:

> Sed si *sibi aut Primo aut Secundo dominis suis* stipulatus sit; et hic tantundem erit probandum, quod Iulianus dixit: inutilem esse stipulationem. Sed utrum adiectio inutilis est, aut tota stipulatio utilis non est? Puto *adiectionem* solam esse inutilem; eo enim, quod ait *mihi*, omni acquisiuit ex stipulatu actionem. An ergo in *caeterorum* persona *solutio* locum habeat exemplo extraneae personae? Et puto uel *solui eis posse*, quemadmodum cum ego mihi aut Titio stipuler. Cum ergo cum *Primo aut Secundo* dominis stipulatio non constitit, nec solutio est, illa ratio est, quia non inuenimus in cuius persona stipulatio constitit, in cuius solutio.

40) Die von Majansius selbst angeführte l. 56. §. 3. D. de uerb. obl. (45, 1.) „Quod si *soli filio suo*, qui in potestate sua sit, dari quis stipulatus sit, *non recte filio soluetur*, quia filii persona *obligationi magis quam solutioni* applicatur."

41) L. 11. D. de stipul. seruor. (45, 3.)

Digitized by Google

In diesem Fall scheint Julianus der Meinung gewesen zu seyn, daß die ganze Stipulation ungültig sey; und dafür ließe sich allerdings anführen, daß hier eigentlich dasselbe Statt finde, als wenn der Sklave zweien dominis alternativ stipulirt; denn durch das mihi wird an sich allen dominis acquirirt, und es bliebe daher ungewiß, ob die Stipulation allen dominis oder dem Primus allein oder dem Secundus allein erworben würde. Allein genauer interpretirt Ulpian; er beschränkt diese Ungewißheit, um mich so auszudrücken, nur auf das Primo aut Secundo; keiner von ihnen erwirbt, wie er am Ende der Stelle sagt, die Forderung allein, keiner ist sol. c. adiectus für den andern nach dem vorhin erörterten Satz, weil uterque obligationis capax ist [42]). Es ist also diese adiectio, d. h. das Nennen des Primus und Secundus neben dem anfänglichen mihi, für die Obligation unwirksam, (denn adiectio ist, wie der Zusammenhang der Stelle deutlich ergibt, hier gerade nicht in dem besondern bloß auf solutio bezüglichen Sinne genommen); durch das mihi dagegen ist allen dominis die Obligation erworben [43]); und daß dies eben nicht durch das nachfolgende aut Primo etc. gehindert wird, dafür scheint vorzüglich der Grund angenommen werden zu müssen, daß Primus und Secundus schon unter dem mihi (allen dominis) mit begriffen sind, so daß nicht dieselbe Ungewißheit eintritt, als wenn bloß zweien dominis alternativ stipulirt wird. Freilich mag auch wohl noch der andere Grund hinzugekommen seyn, daß um so eher die Obligation durch das mihi für alle erworben werden könnte, weil wieder wegen der Alternation

42) Worauf die beiden in demselben Titel folgenden Stellen noch weiter eingehen; oben Note 25.

43) Auch hier ist wieder zu berücksichtigen, daß das mihi voransteht.

Digitized by Google

zwischen Primus und Secundus, keiner von diesen allein die Stipulation erwerben konnte; so daß sich wenigstens nicht mit Sicherheit schließen läßt, ob auch die Stipulation mihi aut Primo [44]) vollgültig sey und dadurch allen dominis erworben werde. Da nun in unserm Fall die Obligation für alle domini begründet ist, so fährt Ulpian fort, könne auch dem Primus und Secundus gültig Zahlung geleistet werden (denn das caeteri geht im Gegensatz zu dem voranstehenden mihi offenbar auf die beiden andern in der Stipulation genannten Personen) exemplo extraneae personae, quemadmodum cum ego mihi aut Titio stipuler. Das Resultat ist also: im Verhältnis des Primus und Secundus unter einander ist keiner allein creditor und demnach keiner adiectus des andern für die ganze Summe; im Verhältnis zu der ganzen Obligation aber ist jeder von ihnen theilweise, so weit er das Eigenthum am seruus hat [45]), creditor, und zugleich für den ihm nicht zukommenden Theil adiectus der übrigen domini [46]). Hieraus ergibt sich denn auch, daß bei einer Stipulation mehrere adiecti vorkommen können, denn bei ihnen ist das fernere aut kein Grund zu irgend einer Ungewisheit in dem Vertrag, weil kein Recht des adiectus vorliegt, sondern nur die Zahlungsbefugnis des promissor dadurch erweitert wird.

§. 10.

Daß die Stipulation gültig seyn müsse, wenn von

44) Etwas anders ist es, wenn Primus allein dominus war; davon ist vorhin §. 8. Rede gewesen.

45) L. 5. D. de stipul. seruor. (45, 3.)

46) Wahrscheinlich waren außer Primus und Secundus noch mehre domini da; sind sie aber allein domini, so ist dann natürlich Jeder theilweise adiectus des Andern. Jedenfalls aber wird der promissor durch Zahlung des Ganzen an einen von beiden liberirt, weil jeder von ihnen zu dem Theil, den er nicht acquirirt, wenigstens adiectus ist.

Digitized by Google

einem adiectus die Rede seyn soll, findet auch bei bedingten Verträgen seine volle Anwendung; bevor die Bedingung der Stipulation eingetreten ist, hat auch die adiectio keine Kraft, diese mag auch selbst unbedingt, oder ihre Bedingung schon eingetreten seyn [47]).

§. 11.

β) Aus dem Bisherigen ergibt sich nun schon die eigentliche Entstehung des adiectus von selbst. Adiectus wird nämlich vermöge einer gesetzlichen Auslegungsregel Der, welcher neben dem (bestimmten) Subject der Obligation, es sey dies der Stipulirende selbst oder wer durch diesen die Forderung erwirbt, im Vertrag alternativ genannt, auf welchen scheinbar die Obligation alternativ mit bezogen ist. Immer also ist es eine Bestimmung des die Obligation begründenden Vertrages selbst, wodurch auch der adiectus entsteht. Daher kann, wenn erst in einem der Stipulation nachfolgenden constitutum ein adiectus beigefügt wurde, derselbe eigentlich nur für die *obligatio ex constituto* wirksam seyn, und die daneben fortdauernde obligatio ex stipulatu kann nach strengem Recht durch die Zahlung an den adiectus in constituto nicht getilgt werden; allein wie bei jedem andern pactum wird dann exceptionsweise gegen die actio ex stipulatu Schutz gegeben.

Paulus libr. 2. sentent. [48])

Si quis duobus pecuniam constituerit tibi aut Titio, etsi stricto iure *propria actione* pecuniae constitutae manet obligatus, *etiamsi Titio soluerit*, tamen per exceptionem adiuuatur.

---

47) L. 141. §. 7. D. de uerb. obl. (45, 1.) Vergl. unten §. 18.

48) L. 30. D. de pecun. constit. (13, 5.)

Digitized by Google

Daß hier unter propria actio die Klage aus der ursprünglichen Obligation gemeint sey, darüber sind fast alle Ausleger einig [49]). Der Sinn ist also: er bleibt vermöge der ursprünglichen Klage für die (jezt) constituirte Summe noch verhaftet ꝛc.

§. 12.

Da nun bestimmte Rechtsverhältnisse durch die Verabredung des adiectus zwischen den Paciscenten entstehen, so ist natürlich dazu immer eine beiderseitige Einwilligung [50]) erforderlich; vor allem also eine Willenserklärung des Stipulirenden [51]), da ja die aus der Stipulation zu erwerbenden Rechte durch die adiectio beschränkt werden. Würde daher z. B. eine active Correal-Obligation verabredet, die nur bei dem einen der Stipulirenden gültig war, so kann dem andern dann auch nicht wirksam gezahlt werden [52]), da durch eine solche Zahlung eine obligatio mit ihm würde erfüllt werden sollen (die aber nicht existirt), und nicht die des Andern, der gültig stipulirte; die Zahlung an den adiectus soll aber immer von der Obligation gegen den Stipulator liberiren. Auf der andern Seite ist aber auch eine Acceptation des promissor nöthig, damit er ein wohlbegründetes Recht auf die Zahlungsbefugnis an den adiectus erhalte; nur braucht er gerade in der Antwort auf des Stipulator Frage den adiectus nicht besonders zu erwähnen, wenn

49) Glück's Commentar Bd. XIII. §. 850. S. 388. ff. und Not. 93. Darum ist auch die noch dazu ursprüngliche Lesart propria actione anstatt der gewöhnlichen propriae actioni ohne Zweifel besser, damit pecuniae constitutae als Dativ genommen werden kann.

50) Bei Stipulationen denn auch die formelle durch die Worte.

51) Also nicht gerade immer von dem, der creditor wird, wie Majansius meint, s. oben zu Note 38.

52) L. 128. D. de uerb. obl. (45, 1.)

Digitized by Google

er nur ohne weitere Einschränkung ihm, dem Stipulator, zu geben verspricht, so liegt darin eine Annahme der Obligation, ganz wie sie in der Frage vom Stipulator vorgeschlagen ist: ad interrogatum respondet [53]). Denn auch durch die Leistung an den adiectus zahlt er dem Stipulator, dem adiectus braucht er nicht zu versprechen, weil dieser keine Forderung erhält.

§. 13.

2. Person des adiectus.

Ist nun nach dem Bisherigen die Art der Stipulation so, daß ein adiectus darin als verabredet erscheint, so findet sich dann

2) in Rücksicht der Personen, die zum adiectus genommen werden können, gar keine weitere Beschränkung. Denn alle Erfordernisse, welche sonst für den Empfänger einer Zahlung gelten, gründen sich bloß darauf, daß in der Annahme der Zahlung eine Veräußerung liegt, weil das vorherbestandene Forderungsrecht dadurch getilgt wird; der adiectus hat aber keine Forderung, rücksichtlich seiner ist deshalb die Annahme der Zahlung keine Veräußerung, bei ihm fallen jene Erfordernisse weg. Es kann daher ein Pupill zum adiectus genommen und ihm dann sine tutoris auctoritate gültig Zahlung geleistet werden [54]); dasselbe ist auch bei allen andern, welche unter Vormund-

53) L. 141. §. 3. D. eod. „Si ita fuero stipulatus, mihi aut Titio, et tu *mihi* daturum te spondeas, secundum omnium opinionem *ad interrogatum* te respondere, quia constat mihi soli adquiri obligationem; *Titio* autem duntaxat *recte soluitur.*" Das Gegentheil nimmt aus Vernachlässigung dieser Stelle Rudelius §. 18. an. Vergl. auch l. 59. D. de solut. (46, 3.), unten §. 30. Daß zur Gültigkeit der *obligatio* die Erwähnung des adiectus in der Antwort des promissor nicht nöthig sey, wurde schon oben zu Note 3. erwähnt.

54) L. 11. D. de solution. (46, 3.)

Digitized by Google

schaft oder cura stehen, anzunehmen [55]). Vom Hausſohn und Sklaven iſt es ſchon im Bisherigen mehrfach erwähnt worden, daß ſie als adiecti vorkommen, und es kann eben ſo gut, als der Sklave des Stipulirenden ſelbſt, auch der Sklave irgend eines Dritten adiectus ſeyn [56]). Daß aber der parens des Stipulirenden nur dann ſein adiectus werden kann, wenn das aus der Stipulation fließende Forderungsrecht zu den ſelbſtändigen Rechten des ſtipulirenden Sohnes (z. B. zu ſeinem castrense peculium) gerechnet werden muß [57]), iſt bloß eine nothwendige Folge von den Wirkungen der patria potestas, aber wie ſich von ſelbſt verſteht, nicht eine beſondere Beſchränkung rückſichtlich der Perſon des adiectus.

§. 14.

3. Vom Object der Obligation, bei welcher ein adiectus verabredet wird.

3) Was das Object der Stipulation betrifft, ſo kann die Zuziehung eines adiectus (ſo wie auch die Zahlung an einen Mandatar vermöge Aſſignation) nur da Statt finden, wo das Object der Obligation von der Art iſt, daß dabei auf die Perſon deſſen, der die Zahlung empfängt, nichts ankommt; ſind z. B. unbeſtimmte Dienſte Gegenſtand der Verpflichtung, ſo verändert ſich derſelbe

55) Wegen Gleichheit der ratio; und in l. 95. §. 7. D. eod. wo ein furiosus vorkommt, iſt nur davon die Rede, ob nicht dem tutor gezahlt werden dürfe. Vergl. unten §. 28. Ungegründet iſt deshalb der Unterſchied, den Florens l. c. p. 343. darin findet, daß ein Pupill nicht völlig ſo zu jedem Rechtsgeſchäft unfähig ſey, als ein furiosus; etwas anders iſt es freilich, wenn der adiectus erſt nach Eingehung des Vertrags furiosus wird, ſ. Note 164.

56) L. 9. pr. l. 95. §. 7. fin. D. de solution. l. 44. pr. D. de condit. et demonstr. (35, 1.)

57) L. 95. §. 5. D. de solution. (46, 3.) — — „filio quidem stipulante, patris tunc adiiciatur persona, *cum stipulatio ei adquiri non possit.*"

Digitized by Google

je nach der Person dessen, dem die Dienste geleistet werden. Daher sagt Pomponius libr. 15. ad Sabinum [58]):

> Libertus *operarum* nomine ita iurando: Patrono aut Lucio Titio, soluere *Lucio Titio non* potest, ut a patrono liberetur; quia *aliae* operae erunt, quae Lucio Titio dantur. Sed si libertatis causa *pecuniam* promittat libertus egenti patrono aut Titio, omnimodo *adiectio* Titii *ualet*,

und es kann daher, wie eine Stelle Julians hinzufügt, für solche Dienste selbst der filiusfamilias des Stipulator nicht zum adiectus genommen werden [59]). Hier ist aber ohne Zweifel nur von operae officiales die Rede, welche überhaupt immer nur dem Patron selbst, keinem Mandatar und auch nicht dem Erben geleistet werden [60]). Denn operae fabriles, da sie nach Geld zu schätzen sind, können auch andern Personen geleistet werden, daher ein adiectus bei ihnen gültig ist, nach einem ausdrücklichen Ausspruch von Iulianus libr. 22. Digest. [61]):

> Quare sicut fabriles operas quis potest *sibi aut Titio* stipulari, ita patronus a liberto operas sibi aut Sempronio recte stipulatur, et libertus obligatione soluetur, si *tales operas* extraneo dederit, *quales patrono praestando liberaretur.*

Aus dieser Stelle geht hervor, daß dem adiectus ganz das geleistet werden muß, was zu einer gültigen Zahlung an den creditor selbst gehört; da aber zugleich der ad-

---

58) L. 10. §. 1. u. l. 12. D. de operis libert. (38, 1.)

59) L. 11. D. eod.

60) L. 26. §. 12. D. de cond. ind. (12, 6.) l. 6. l. 9. §. 1. D. de oper. lib. (38, 1.) Cuiacius, Not. in Dig. ad l. 5. D. de duob. reis (45, 2.) Zimmern, Rechtsgesch. Bd. I. S. 798. f.

61) L. 23. pr. D. de oper. libert. Da auch die not. 59. citirte Stelle aus Julians lib. 22. Dig. ist, kann um so weniger an einen Widerspruch obiger Stellen gedacht werden.

Digitized by Google

iectus das Empfangene an den Stipulator wiedererstatten muß (§. 29.) — bei den operae fabriles durch Leistung eines Geldäquivalents [62]), — und beides nur bei den Diensten, welche sich nach Geld schätzen lassen möglich ist, so ergibt sich einfach, warum nur diese, und nicht officiales dem adiectus prästirt werden dürfen. Hiernach ist es auch erklärlich, warum bei der stipulatio eines usus-fructus gültig ein adiectus vorkommen kann [63]), da auch die Vortheile des Nießbrauchs an einer Sache zu Geld angeschlagen werden können. Streitig ist es nur, worin hierbei die Leistung an den adiectus bestehe; ob darin, daß dem adiectus der ususfructus constituirt werde, oder darin, daß ihm blos dessen Ausübung überlassen werde. Jenes ist die Meinung des Donellus [64]), dieses die von Majansius [65]). Die erstere scheint jedoch die richtige zu seyn: bei der stipulatio seruitutis kann die Zahlung nur in der Constituirung der Servitut bestehen [66]), die Zahlung an den adiectus also hier nur dadurch bewirkt werden, daß ihm der Nießbrauch bestellt wird. Denn wäre es auch denkbar, daß etwa durch eine traditio an den adiectus der Nießbrauch dem Stipulator constituirt werde, so läge doch in einem solchen Geschäft nicht eine Zahlung an den adiectus, sondern an den Stipulator selbst, mittelst des adiectus als Stellvertreter; und Stellvertreter wird dieser doch auch erst durch die an ihn geschehene Zahlung [67]). Noch weniger aber kann die bloße Ueberlassung der Ausübung des Nießbrauchs an den

62) L. 26. §. 12. D. de condict. indeb. (12, 6.)

63) L. 95. §. 6. D. de solut. (46, 3.)

64) Comment. l. c. (Note 19.) §. 36.

65) De adiecto l. c. §. 15. 28. Nur wenn jenes im einzelnen Fall die Absicht der Contrahenten gewesen sey, ist auch er der andern Meinung.

66) L. 136. §. 1. D. de uerb. obl. (45, 1.)

67) S. unten. §. 29.

Digitized by Google

adiectus eine solutio an ihn genannt werden [68]). Die hier gebilligte Entscheidung kann dagegen, neben der erörterten Zulässigkeit der Leistung schätzbarer Dienste an den adiectus, nichts auffallendes haben, obgleich freilich wegen der Unveräußerlichkeit des Nießbrauchs hier, so gut wie dort, die Restitution des Objectes selbst vom adiectus an den Stipulator unmöglich ist, sondern nur die Ausübung des Nießbrauchs dem Stipulator überlassen werden muß [69]). Im übrigen aber müssen auch hier ganz die gewöhnlichen Regeln zur Anwendung kommen, namentlich in Ansehung der Rückgabe der Sache, an welcher der Nießbrauch ausgeübt wurde [70]); und selbst die Dauer des Nießbrauchs kann wohl nur nach dem Leben des Stipulator und nicht des adiectus (obgleich er Usufructuar ist) berechnet werden [71]). Denn es soll diesem ganz das geleistet werden, was an jenen zu leisten gewesen wäre. Stirbt also der Stipulator früher, so hat der adiectus keinen Anspruch auf Fortsetzung des Nießbrauchs (sonst wäre ihm zu viel geleistet), stirbt dagegen der adiectus früher, so fällt freilich dessen Nießbrauch an den Eigenthümer zurück, aber der Stipulator hat ohne Zweifel das Recht, neue Constituirung für die übrige Zeit vom *pro-*

---

68) Was sollte diese auch für einen Zweck haben, wenn der promissor daneben doch den ususfructus dem Stipulator bestellen müßte (von seiner Wahl also gar keinen Nutzen hätte), der adiectus aber die eingeräumte Ausübung dem Stipulator überlassen muß?

69) Dieselbe Aushülfe kommt ja auch bei der Restitution einer dos vor, in welcher ein dem Mann dotis nomine bestellter ususfructus inbegriffen war, l. 66. D. de iure dot. (23, 3.)

70) S. unten §. 25. γ.)

71) Das Gegentheil nimmt, ohne es näher zu begründen, Donellus an, a. a. O. §. 36; er scheint daher bloß darauf Rücksicht genommen zu haben, daß die Dauer des Nießbrauchs sich gewöhnlich nach dem Leben des Usufructuars richtet. Dagegen s. arg. l. 7. D. de act. emt. (19, 1.)

Digitized by Google

missor zu fordern [72]), denn es ist dann dem adiectus zu wenig geleistet.

§. 15.

Eine andere Sache ist es dagegen schon, wenn ausdrücklich in der Stipulation für den adiectus ein anderes Object als für den Stipulator verabredet wird, z. B. mihi decem aut Titio hominem dare spondes. Daß freilich auch hier civilrechtlich die Zahlung an den adiectus ungültig war [73]), ist leicht erklärlich; denn Gegenstand der Obligation ist lediglich die dem Stipulator versprochene Sache, eine alternative Obligation kann nicht entstehen, weil der Stipulator allein die Forderung erwirbt, ihm aber bloß ein Object zugesagt ist [74]); die Leistung des andern (dem adiectus zugesagten) Objects kann also strengrechtlich von der Obligation gegen den Stipulator (und um diese handelt es sich ja bloß) nicht befreien, es ist ein aliud pro alio. Allein es ist auch eben so erklärlich, daß diese Leistung an den *adiectus* exceptionsweise geschützt wurde [75]), denn für ihn ist das andere Object ja gerade beigefügt, was auf nichts anders abzwecken konnte, als auf eine vertragmäßige Beschränkung oder Erweiterung der Zahlungsbe-

---

72) Arg. l. 33. pr. D. de solut. (46, 3.)

73) L. 44. §. 4. D. de oblig. et act. (44, 7.) l. 141. §. 5. D. de uerb. obl. (45, 1.)

74) Der Stipulator kann daher auch bloß auf das ihm versprochene Object klagen, l. 34. §. 2. D. de solut. (46, 3.); für eine alternative Obligation wäre daher nöthig, daß dem Stipulator zwei Objecte alternativ versprochen würden, hominem aut decem mihi aut Titio dari, l. 34. pr. D. eod.

75) L. 34. §. 2. l. 98. §. 6. D. de solut. „liberaretur enim" etc. vergl. mit l. 141. §. 5. D. de uerb. obl. cit. s. auch Cuiacius, Not. in Dig. ad h. l. und Commentar. ad l. 55. D. de uerb. obl.

Digitized by Google

fugnis des promissor an den adiectus [76]). Einer Erinnerung bedarf es hiernach weiter nicht, daß die Leistung des dem adiectus zugesagten Objects an den Stipulator ebenso wie des Diesem versprochenen an Jenen völlig ungültig ist [77]).

§. 16.

Wichtig ist hiebei nun vorzüglich der Fall, daß zwar dieselbe Gattung von Sachen für den creditor und adiectus stipulirt ist, aber für beide ein verschiedenes Quantum bestimmt wird. Ist nämlich

α) ein geringeres Quantum rücksichtlich des adiectus ausgemacht, mihi decem, aut quinque Titio dari, so kann die Absicht der Paciscenten auch dabei, wie bei diesen Stipulationen überhaupt [78]), eine doppelte gewesen seyn. Entweder sollte für den Stipulator rücksichtlich der größeren ihm versprochenen Summe, eine obligatio *pura* entstehen, und nur die Zahlungsbefugnis an den adiectus auf einen Theil des Objectes beschränkt werden, oder es sollte dem Dritten durch eine auf ihn bezogene Bedingung etwas zugewendet werden, so daß die dem Stipulator versprochene größere Summe die Natur einer Conventionalstrafe annimmt. Im leztern Fall befreiet natürlich die Leistung des geringeren Quantums an den Dritten den promissor von allen Ansprüchen des Stipulator, denn die Bedingung der Obligation tritt dann nicht ein, der Dritte ist dabei gar nicht adiectus in unserm Sinn. War dagegen die Stipulation unbedingt,

76) Je nachdem die Leistung des obiectum *obligationis* an den adiectus, vortheilhafter oder schwerer für den Schuldner gewesen seyn würde.

77) Wenn gleich dies rücksichtlich der Leistung an den Stipulator aus der Note 74. gemachten Bemerkung noch nicht folgen würde.

78) S. oben Note 7.

Digitized by Google

so wird die Forderung des größeren Quantums sogleich vom Stipulator erworben, und leistet der Schuldner dem Dritten, der dann wirklicher adiectus, aber nur in Bezug auf einen Theil des Objects der Obligation ist, die für ihn ausgemachte geringere Summe, so bleibt er wegen des Restes dem Stipulator noch verhaftet. Daß dabei für obligatio pura zu vermuthen ist, wurde schon oben weiter ausgeführt [79]). So erklärt sich folgende Stelle aus Paulus libr. 15. quaestionum [80]):

> Qui stipulatus sibi aut Titio, si hoc dicit: „si Titio non solueris, dari sibi", uidetur conditionaliter stipulari. Et ideo etiam sic facta stipulatione, *mihi decem aut quinque Titio* dari? quinque Titio solutis, liberabitur reus a stipulatore. *Quod ita potest admitti*, si *hoc* ipsum *expressim* agebatur, ut quasi poena adiecta sit in persona stipulantis, si Titio solutum non esset. At ubi *simpliciter* sibi aut Titio stipulatur, solutionis tantum causa adhibetur Titius, et ideo *quinque ei solutis remanebunt reliqua quinque in obligatione.*

§. 17.

β) Es kann auf der andern Seite die Befugnis an den adiectus zu zahlen, an die Leistung eines größeren Quantums [81]) geknüpft seyn. Paulus fährt in derselben Stelle so fort:

---

79) Zu Note 8. ff. Offenbar hat in diesem Fall die größere dem Stipulator versprochene Summe leicht den Anschein einer Conventionalstrafe, und es konnte deshalb desto eher gezweifelt werden, ob Titius als wahrer adiectus zu behandeln sei. s. oben z. Note 10.

80) L. 98. §. 5. D. de solut. (46, 3.)

81) Daß für einen in conditione positus nicht leicht ein größeres Quantum vorkommt, liegt in der Natur der Sache; in der gleich folgenden Stelle von Paulus beweiset aber die Beziehung auf die actio mandati, daß vom adiectus und nicht von einer conditionalis stipulatio die Rede ist; s. §. 23. u. 29.

Digitized by Google

Contra si *mihi quinque*, *illi decem* stipulatus sim, quinque Titio solutis, *non* facit conceptio stipulationis, ut *a me liberetur*; porro si decem soluerit, non quinque repetet, sed *mihi* per mandati actionem *decem debebuntur*.

Hier wird dem Stipulator an sich nur eine Forderung von fünf erworben, allein will der Schuldner von der Erlaubnis, sich von dieser Obligation durch Zahlung an den adiectus zu befreien, Gebrauch machen, so muß er auch das in dem Vertrag ausgemachte größere Quantum leisten, denn nur unter dieser Beschränkung hat der Stipulator in die Zahlung an den Dritten eingewilligt; hat daher der Schuldner zehn an den Titius gezahlt, so kann er nun nicht etwa fünf vom Stipulator zurückfordern unter dem Vorwande, daß diese nicht in obligatione gewesen wären; sondern die Zahlung bleibt ganz, weil sie der Verabredung gemäß war, gültig, und der adiectus hat den vollen Betrag an den Stipulator herauszugeben (§. 29.).

§. 18.

4. Nebenbestimmungen bei Verabredung des adiectus. Insbesondere

a) Bedingungen.

4) Die Verabredung eines adiectus und die daraus hervorgehende Befugnis des promissor, an diesen Zahlung leisten zu dürfen, kann in dem Vertrag durch besondere Nebenbestimmungen (Bedingungen, Zeit- Orts-Bestimmungen u. s. w.) näher regulirt und beschränkt werden. Der promissor muß dann natürlich diesen Nebenbestimmungen bei der Zahlung an den adiectus genau nachkommen, wenn diese ihn von der Obligation befreien soll; denn die Zahlungsbefugnis an den Dritten kann nur unter den vertragmäßigen Beschränkungen ausgeübt werden. So kann

Digitized by Google

α) rücksichtlich der Zahlung an den adiectus eine besondere Bedingung gesezt seyn: mihi dare decem pure, aut Titio — — sub conditione — — utiliter stipulor [82]), wobei denn der promissor erst mit Eintritt der Bedingung die Befugnis erhält, an den Titius zahlen zu dürfen, so daß auch, wenn der Stipulator vorher klagen kann und es zur Litiscontestation mit ihm kommt, Titius gar nicht adiectus wird, pro non adiecto habetur [83]). Ist dabei auch die Leistung an den Stipulator, d. h. die Obligation selbst, an eine Bedingung geknüpft, so versteht es sich, wie schon oben erwähnt wurde, von selbst, daß vor allen diese leztere eingetreten seyn muß, weil sonst die ganze Stipulation unwirksam ist; es müssen dann also für die Befugnis, an den adiectus zu zahlen, beide Bedingungen eingetreten seyn [84]). Ist dagegen bloß die für den adiectus gesezte Bedingung nicht eingetreten, so hindert das natürlich die Wirksamkeit der Obligation gegen den Stipulator nicht [85]). In dieser Beziehung sagt Gaius libr. 2. de uerb. obl. [86]):

Ex his omnibus apparet, licet alterius persona non recte adiiciatur, non ideo minus in nostra persona utiliter procedere stipulationem,

---

82) L. 98. §. 4. D. de solut. (46, 3.) l. 141. §. 7. D. de uerb. obl. (45, 1.)

83) L. 141. §. 8. fin. D. eod. vergl. mit l. 34. §. 2. D. de solution. Rudelius (l. c. §. 14.) meint zwar, der Stipulator dürfe gar nicht eher klagen, als bis sich die Bedingung in der Person des adiectus entschieden habe; allein die an sich völlig fällige Forderung kann gewiß nicht dadurch aufgehalten werden, daß der Schuldner vielleicht dem adiectus zahlen könnte. Die Analogie von l. 21. D. de usu et usufr. leg. (33, 2.), worauf sich Rudelius beruft, paßt nicht, da sie von alternativ versprochenen Objecten redet; bei diesen muß auch die rücksichtlich des einen festgesezte Bedingung abgewartet werden, weil es bis dahin immer ungewiß bleibt, was eigentlich der Gegenstand der Obligation ist.

84) L. 141. §. 7. 8. D. de uerb. obl. citt.

85) L. 141. §. 8. cit.

86) L. 141. §. 9. D. eod.

Digitized by Google

was denn freilich auch auf den Mangel jedes zur gültigen Verabredung eines adiectus nöthigen Erfordernisses [87]) angewandt werden muß [88]).

§. 19.

b) Zahlungstag.

β) Ist für die Zahlung an den adiectus ein *dies* gesetzt [89]), so kann sie nur an dem bestimmten Tag und weder früher noch später an ihn geleistet werden [90]), denn es ist dies nicht der Tag der Fälligkeit der Forderung (durch welchen eine frühere oder spätere Leistung nicht gehindert würde), sondern er enthält gerade eine bestimmte Beschränkung der Zahlungsbefugnis an den adiectus könnte diesem auch früher oder später gezahlt werden, so würde die Hinzufügung des dies gar keine Wirkung haben. Ist nun auch die Obligation selbst sub die eingegangen, so kann der für den adiectus gesezte dies entweder ein späterer oder ein früherer seyn; im ersten Fall (mihi Kalendis Ianuariis aut Titio Februariis) [91]) kann mit Eintritt des dies obligationis vom Stipulator geklagt werden (denn der für den adiectus gesezte spätere kann das nicht hindern) und geschieht dies dann vor dem dies adiectionis, so bleibt, wie bei dem Nichteintritt der Bedingung, die Beifügung des adiectus unwirksam; wird aber bis dahin nicht geklagt, so kann an diesem Tage dann dem adiectus gültig geleistet werden. Wurde dagegen für den Dritten ein früherer Tag verabredet,

87) Wofern nicht dadurch zugleich das Subject der Obligation unsicher wird. s. §. 6.

88) Z. B. bei den operae officiales des libertus; l. 10. §. 1. l. 12. D. de operis lib., oben §. 14.

89) So in L. 98. §. 4. D. de solut.

90) Das Gegentheil behauptet ohne Gründe Rudelius l. c. §. 24.

91) L. 141. §. 6. D. de uerb. obl. l. 98. §. 4. cit.

Digitized by Google

so meint Gaius libr. 2. de uerb. obl. [92]), es müsse die Obligation als eine bedingte angesehen werden, als wenn stipulirt wäre: si Titio Kalendis Ianuariis non dederis, mihi Kalendis Februariis dare spondes? und es würde danach Titus gar nicht als adiectus zu behandeln seyn. Allein eine völlig genügende Erklärung ohne diesen Ausweg gibt Paulus libr. 15. quaestionum [93]):

> Quod si mihi Kalendis Februariis, Titio Kalendis Ianuariis (dari stipulor), potest dubitari. Sed rectius dicitur, utiliter stipulatum: nam cum in diem sit *ea* quoque *obligatio*, etiam *mihi* solui potest ante Februarias, *igitur et illi solui poterit.*

Der dies obligationis ist nur der Tag der Fälligkeit der Forderung, aber nicht ihrer Entstehung; es darf die Obligation auch früher erfüllt werden, sey es an den Stipulator selbst, oder den adiectus; und es steht daher nichts im Wege, auch einen bestimmten früheren Tag gleich anfangs zu verabreden, an welchem allein die Zahlung an den adiectus soll geschehen dürfen. Klagen kann natürlich der Stipulator erst nach Eintritt des dies obligationis, will aber der promissor von seiner Befugnis an den *adiectus* zu zahlen, Gebrauch machen, so muß er diesem an dem bestimmten früheren Tage leisten. Bei diesen verschiedenen Erklärungen von Gajus und Paulus muß um so mehr wieder für obligatio pura (§. 2.), also für die Erklärung des Paulus vermuthet werden, je vollständiger diese den gewöhnlichen Grundsätzen von betagten Forderungen entspricht, und man darf nur dann der Meinung von Gajus folgen, wenn die Absicht der Parteien erweislich auf eine bedingte Obligation ging.

---

92) L. 141. §. 6. cit.

93) L. 98. §. 4. D. de solut.

Digitized by Google

Wäre freilich für die Obligation ein dies incertus (bei dem es ungewiß ist, ob er eintritt, und der daher der Bedingung gleichsteht) gesezt, so könnte ein für den Dritten verabredeter früherer dies nicht anders als durch Annahme einer bedingten Verabredung erklärt werden [94]), und es wäre dann für die obligatio eine Bedingung und ein dies incertus, also eigentlich zwei Bedingungen vorhanden, d. h. damit der Stipulator klagen könnte, müßte nicht nur an dem bestimmten früheren Tage dem Dritten nicht gezahlt, sondern auch der dies incertus eingetreten seyn.

§. 20.

c) Zahlungsort.

γ) Auch ein bestimmter Ort kann für die Zahlung an den adiectus verabredet werden, es möge für die Obligation selbst auch einer hinzugefügt seyn oder nicht [95]). Verschiedene Orte dürfen es freilich eigentlich nur dann seyn, wenn dadurch nicht die Leistung eine ganz andere wird, wie das z. B. bei einem merum factum der Fall seyn kann, da doch nicht factum pro facto solui potest; allein da ja auch geradezu verschiedene Objecte für den Stipulator und adiectus verabredet werden können, und die Zahlnng an den adiectus dann wenigstens exceptionsweise gültig ist (§. 15.), so kam auch hier die billigere Meinung auf, daß ein anderer Ort für den adiectus, als für den Stipulator bestimmt werden könne, und sich dann nicht sagen lasse, daß ein unrechtes Object geleistet werde, da in der Stipulation selbst mittelbar (durch den Ort)

94) Weil an diesem früheren Tag die obligatio mit dem Stipulator noch gar nicht besteht, also die Zahlung an den Dritten hier nicht die Erfüllung einer obligatio enthalten kann.

95) L. 2. §. 7. D. de eo quod cert. loc. (13, 4.) l. 98. §. 6. D. de solut. (46, 3.)

Digitized by Google

spruch [143]), daß, wie schon erwähnt, die Zuziehung des tutor adiecti auch bei Geldleistungen nie erforderlich ist, während dies bei Erfüllung der Bedingung der Fall ist. Der Zusatz von Papinianus: Idque ita recipi potest etc. macht aber nun, wenigstens für den Fall des adiectus, noch das neue Erfordernis, daß die Zahlung an den Vormund doch erst dann gültig seyn soll, wenn sie in rem pupilli (adiecti) verwendet wurde; und das bestätigt denn wieder vollkommen die Regel, daß jede Zahlung an einen Andern als den adiectus selbst, den promissor noch nicht liberirt. Daß dasselbe Erfordernis auch für die Zahlung zur Erfüllung einer Bedingung gemacht werden müsse, kann man aus unserer Stelle noch nicht schließen, und ist sonst nirgends gesagt; weshalb man wohl schon mit der Zahlung an den Vormund die Bedingung als erfüllt annehmen darf [144]). Der Grund der Verschiedenheit liegt darin, daß alles, was implendae conditionis causa gezahlt ist, dem, auf welchen die Bedingung bezogen wurde, selbst zukommt, und daher der Pupill, wenn an den Vormund gezahlt wurde, gegen diesen auf Herausgabe mit der actio tutelae klagen kann; der adiectus dagegen hat gar kein Forderungsrecht, er kann also als Pupill nicht bewirken, daß das an den Vormund, statt an ihn, Gezahlte, ihm selbst ausgeliefert werde; und doch geht der Vertrag nur auf ihn, auch der Stipulator kann nur gegen ihn klagen (der Vormund ist ja nicht adiectus), aber erst durch in rem uersio kann natürlich die Verpflichtung gegen den Stipulator eintre-

143) Wenigstens für uns als Ausleger der Compilation nicht, wie wohl unter den Römischen Juristen ein Widerstreit Statt gefunden zu haben scheint, wie schon Fr. Florens tract. ad tit. de solut. et lib. (oben Note 21.) p. 341. ff. auszuführen versucht hat.

144) Denn es wird ohne Einschränkung gesagt: „uidetur explesse conditionem, curatori uel tutori dando." l. 13. D. de condict. et demonstr. (35, 1.) l. 68. D. de solut.

Digitized by Google

ten, wenn einem Andern als dem Pupillen gezahlt wurde. So kann denn in beiden Rücksichten (für die Liberation des promissor, und für die Verpflichtung des adiectus gegen den Stipulator, welche sich in der Regel einander bedingen [145]), die Zahlung an den Vormund nicht genügen.

§. 29.

3. Verhältnis des adiectus zum Gläubiger.

Endlich ist noch das Verhältnis des adiectus zum Stipulator zu betrachten übrig.

Wenn der Schuldner richtig an den adiectus gezahlt hat, so soll mehreren Stellen zufolge der Stipulator das Gezahlte mit der actio mandati vom adiectus abfordern können [146]). Da nun in diesen Stellen nicht davon die Rede ist, daß ein ausdrücklicher Auftrag des Stipulator an den adiectus, für ihn die Zahlung anzunehmen, vorausgesezt wird, so muß wohl in dem Verhältniß des adiectus als solchen ein stillschweigendes Mandat angenommen werden. Dies erklärt sich so: das Auftraggeben von Seiten des Stipulator liegt offenbar schon in der adiectio selbst, indem dadurch der Schuldner das vollkommene Recht erhält, an den adiectus zu zahlen, dieser also mittelbar zur Annahme der Zahlung autorisirt wird; die Acceptation des Auftrags von Seiten des adiectus liegt aber erst in der Erfüllung des Auftrags, d. h. in der Annahme der Zahlung, indem ja der adiectus durch die wissentliche

145) Vergl. §. 29. 31. Etwas Anderes ist es natürlich, wenn der Stipulator aus eigner Schuld nicht volle Befriedigung erlangen kann, wie wenn vertraggemäß einem adiectus gezahlt wird, der sich nicht verbindlich machen kann (§. 29. a. E.); dann muß dennoch Liberation für den Schuldner eintreten; aber an den Vormund des adiectus zu zahlen, liegt ja gar nicht im Vertrage.

146) §. 4. I. de inutil. stip. (3, 20.) l. 131. §. 1. D. de uerb. obl. (45, 1.) l. 98. §. 5. fin. D. de solut. (46, 3.)

Digitized by Google

aber ihm gestattete Annahme der (fremden) Zahlung stillschweigend das Verhältnis des eigentlich Berechtigten anerkennt. Die obligatio ex mandato entsteht folglich erst mit der Annahme der Zahlung und dann ist freilich der gewesene [147]) adiectus als solcher [148]) schon Mandatar des Stipulator. Dabei ist es keine Singularität, daß ein Verbot des Stipulator an den Schuldner, die Zahlung dem adiectus zu leisten, oder an diesen, die Zahlung anzunehmen, die Entstehung des Mandatverhältnisses nicht hindern kann (§. 26. oben); denn der Stipulator darf des Schuldners wegen nach dem Vertrag seinen Willen nicht mehr einseitig ändern, und es besteht demnach rechtlich der in der adiectio liegende Auftrag trotz der nachherigen Erklärungen fort, und wird durch die Annahme des adiectus immerhin zur obligatio mandati. Als Mandatar hat der adiectus übrigens alles, was er vom promissor erhielt, herauszugeben, wenn gleich der Stipulator vom promissor nicht eben so viel hätte fordern können [149]). Läßt sich alsdann das vom promissor Gezahlte nicht in natura herausgeben, so besteht die Leistung des adiectus an den Stipulator in einem Aequivalent [150]).

147) S. §. 30. init. und oben Note 99. Darin liegt also kein Widerspruch damit, daß gleich anfangs gesagt wurde, der adiectus stehe ganz außer dem Obligationsnexus der Contrahenten.

148) Daß er freilich sich auch außerdem selbständig dem Stipulator zur Annahme der Zahlung verpflichten könne, versteht sich; stillschweigend soll dies nach Rudelius (Diss. §. 17. fin.) dadurch geschehen, daß der adiectus bei Eingehung der Obligation zugegen sei. Derselbe nimmt (§. 26.) an, außerdem könne der adiectus als solcher nur mit der actio negotiorum gestorum auf Auslieferung der Zahlung vom Stipulator belangt werden, wozu nach den Stellen der Note 146. kein Grund da ist, wiewohl selbst Cujacius (Comment. ad l. 55. D. de uerb. obl.) bei ihnen ein ausdrückliches Mandat subintelligirt wissen will.

149) Oben §. 17.

150) Wie bei schätzbaren Diensten, die an den adiectus geleistet wurden, deren Geldwerth, und beim usus fructus dessen Ausübung dem Stipulator überlassen werden muß. Oben §. 14.

Digitized by Google

In dem Fall, daß eine Person, die ganz oder beziehungsweise unfähig ist, sich verbindlich zu machen, zum adiectus genommen war, müssen für diese Verpflichtung ex mandato ganz die allgemeinen Grundsätze angewendet werden. Obgleich also die Zahlung an den unmündigen adiectus auch ohne Concurrenz des Vormunds den promissor liberirt, so kann doch die actio mandati dann gegen jenen nur so weit Statt finden, als er noch bereichert ist. Eben so kann auch gegen den parens oder dominus dessen, der als adiectus die Zahlung erhielt, nur unter den gewöhnlichen Beschränkungen die Mandatsklage angestellt werden; und im übrigen hat es sich der Stipulator selber zuzuschreiben, wenn er einen minus idoneus zum adiectus machte.

Von selbst versteht es sich übrigens, daß, wenn der Stipulator bei der Verabredung des adiectus erweislich eine andere Absicht gehabt hat, als die, daß der adiectus für ihn die Zahlung in Empfang nehmen solle, ein Mandatsverhältnis nicht eintreten kann. Wenn daher der Stipulator z. B. in Bezug auf den adiectus donandi animo stipulirte, so kann er das vom promissor diesem Gezahlte nicht von ihm wieder fordern; dabei tritt dann das Besondere ein, daß, da der adiectus kein Recht gegen den Schuldner hat, der Stipulator aber die Sache nach der Zahlung an den adiectus doch nicht bekommt, der Schuldner für die Eviction des Geleisteten nicht zu haften braucht [151]).

§. 30.

III. Aufhören des Verhältnisses des adiectus.

So viel über die Erfordernisse der Verabredung des adiectus und über deren Wirkungen; es bleibt noch

151) L. 131. §. 1. D. de uerb. obl. (45, 1.)

Digitized by Google

III. die Beendigung seines Verhältnisses übrig. Nur uneigentlich würde hier die Befriedigung des Stipulator, z. B. auch durch die Zahlung an den adiectus [152]), anzuführen seyn (wodurch die Obligation und die adiectio als deren Bestandtheil aufhört), und es bedürfen vielmehr nur die besondern Fälle einer Erwähnung, wo der promissor noch nicht liberirt ist, vielmehr nur seine Befugnis, sich gerade durch Zahlung an den adiectus zu befreien, aufhört. Dahin gehört:

a) Die Litiscontestation mit dem Stipulator [153]). Zunächst hing dies ohne Zweifel damit zusammen, daß bei den legitimis iudiciis die Litiscontestation eine wahre Novation begründete; obgleich dies nun weggefallen ist, darf doch jene Wirkung der Litiscontestation nicht als aufgehoben angesehen werden. Der Grund ist, daß die Condemnation sich nur nach dem richten kann, quod in iudicium deductum est, in die Litiscontestation aber die adiectio nicht mit übergehen kann, da das Gesuch des Klägers lediglich auf Leistung an ihn gehen muß; für den Beklagten aber ist es keine Einrede, daß er dem adiectus zahlen könne, sondern er kann sich von dem Anspruch des Stipulator nur durch das Anführen, daß er dem adiectus gezahlt habe, also mit der s. g. exceptio solutionis befreien. Demnach hört auch noch jetzt die Befugnis an den adiectus zu zahlen, mit der Litiscontestation auf, da nach ihr die Condemnation blos auf Leistung an die Person des Stipulator gehen kann, quia praevalet causa stipulatoris, wie sich Cujacius kurz und treffend ausdrückt (s. Note 148.).

b) Der Ablauf des für die Solution an den adiectus

152) Ebenso alle andern Tilgungsgründe der Obligation.
153) L. 16. pr. D. de fideiuss. (46, 1.) L. 57. §. 1. D. de solut. (46, 3.)

Digitized by Google

gesetzten dies; denn nach dem oben [154]) darüber Bemerkten kann ihm nur an dem bestimmten Tage Zahlung geleistet werden.

c) Ein constitutum debiti, sobald daraus mit Bestimmtheit die Absicht der Parteien hervorgeht, daß dem adiectus nicht mehr gezahlt werden solle. Es muß daher der promissor in dem constitutum ausdrücklich dem Stipulator allein zu zahlen versprochen haben; denn daß in dem constitutum der adiectus nicht wieder erwähnt wird, steht der Zahlungsbefugnis an ihn noch nicht entgegen, da zur Bestätigung der Obligation, so wie sie bestand, nichts weiter nöthig ist, als daß dem Stipulator, mit dem sie allein Statt findet, abermals versprochen werde. So vereinigen sich folgende zwei Stellen des Paulus:

Paulus libr. 2. ad Plaut. [155]):

Si ita stipulatus sim: mihi aut Titio dare spondes, et debitor constituerit, se mihi soluturum, quamuis mihi competat de constituta actio, potest adhuc adiecto soluere.

Paulus libr. 29. ad Edict. [156]):

Si uero mihi aut Titio constitueris te soluturum, mihi competit actio. Quod si posteaquam soli mihi te soluturum constituisti, solueris Titio, nihilominus mihi teneberis.

Nach einem solchen constitutum ist dann die Zahlung an den, welcher eben dadurch aufhörte adiectus zu seyn, nach den lezten Worten ungültig, und kann von diesem zurückgefordert werden (vergl. oben §. 25. γ.), was die in unsern Digesten gleich folgende Stelle von Papinianus libr. 8. quaest. [157]) ausspricht:

154) Im §. 19. a. A.
155) L. 59. D. de solut.
156) L. 8. D. de pecun. constit. (13, 5.)
157) L. 9. D. eod.

Digitized by Google

Titius tamen indebiti condictione tenebitur; ut quod ei perperam solutum est, ei qui soluit reddatur.

Es versteht sich übrigens, daß ebenso wie durch ein solches constitutum, auch durch ein besonderes darauf gerichtetes pactum die Zahlungsbefugnis an den adiectus aufgehoben werden kann, indem dadurch der Stipulator eine Replik, gegen den Einwand der Zahlung (an den adiectus), erhält.

d) Der Tod des adiectus [158]), da, wie §. 27. erwähnt wurde, den Erben desselben nicht gezahlt werden kann.

§. 31.

e) Endlich soll noch eine Veränderung in der rechtlichen Lage (status) des adiectus, nach einer Stelle von Africanus libr. 7. quaest. [159]), die Befugnis an ihn zu zahlen, aufheben. Die Worte der Stelle sind:

Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solui dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur; caeterum siue in adoptionem siue in exilium ierit, uel aqua et igni ei interdictum, uel seruus factus sit, non recte ei solui dicendum; tacite enim inesse haec conuentio stipulationi uidetur, „si in eadem causa maneat."

Dagegen sagt nun nicht nur Julianus libr. 52. Digest. [160]), daß die Emancipation des filiusfamilias seiner adiectio nicht schade:

158) L. 81. pr. D. de solut.
159) L. 38. pr. D. eod.
160) L. 56. §. 2. D. de uerb. obl. (45, 1.)

Digitized by Google

Qui sibi aut filio suo dari stipulatur, manifeste personam filii in hoc complectitur, ut ei recte soluatur; neque interest, sibi aut extraneo cuilibet, an sibi aut filio suo quis stipulatur; quare uel manente in potestate, uel emancipato filio recte soluitur;

sondern noch allgemeiner spricht Papinian dies von der capitis deminutio überhaupt aus [161]):

Usumfructum mihi aut Titio dari stipulatus sum; Titio capite deminuto facultas soluendi Titio non intercidit, quia et sic stipulari possumus, mihi aut Titio, cum capite minutus erit, dari.

Donellus [162]) erklärt diese lezte Stelle als eine Singularität des ususfructus, die darin ihren Grund habe, daß es theils dem Stipulator einerlei seyn könne, wann der Niesbrauch dem adjicirten Titius gewährt werde, weil er selber den Niesbrauch doch nie bekomme, auch wenn er dem Titius noch in seinem ersten Zustand geleistet wäre, da er von diesem doch nur an den dominus zurückkehren könne; theils der Schuldner hier sehr dabei interessirt sey, wer Usufructuar werde, ob der Stipulator oder Titius, da bei dem leztern der ususfructus durch dessen früheren Tod schneller beendigt werden könne. — Die andern beiden Stellen vereinigt dann Donellus auf die Weise, daß nur, wenn der adiectus in eine nachtheiligere Lage versezt werde, die Befugnis, an ihn zu zahlen, aufhöre, nicht aber, wenn er in eine freiere

161) L. 95. §. 6. D. de solut. Rudelius (Diss. §. 28.) will, wie Cujacius Not. in Dig. ad l. 95. §. 6. cit. u. Comment. ad l. 55. D. de uerb. obl., diese beiden Stellen Julians und Papinians von dem Fall verstanden wissen, daß der adiectus schon zur Zeit der Eingehung der Stipulation capite minutus gewesen sei; wenn freilich die Worte beider dem nicht direct entgegenständen, so wäre es die leichteste Art, allen Widerspruch zu heben.

162) Comment. i. c. Lib. XVI. c. X. §. 36.

Digitized by Google

komme, wo die Verfolgung von Rechtsansprüchen gegen ihn erleichtert sey. Es handle sich nämlich um die Ansprüche des Stipulator an den adiectus, der verbunden sey, die empfangene Zahlung an den Stipulator herauszugeben; hier habe also der leztere ein Interesse, daß bei eintretender schlimmerer Lage des adiectus diesem nicht mehr gezahlt werden dürfe.

Was nun zunächst Papinian's Stelle vom usus-fructus betrifft, so ist schon oben auseinandergesezt worden, daß die Meinung des Donellus in soweit die richtige zu seyn scheint, als die Zahlung an den adiectus hiebei in der wirklichen Constituirung des Niesbrauchs für ihn besteht, und der Stipulator daher nur Anspruch auf Ueberlassung seiner Ausübung hat; aber eben dieses Anspruchs wegen, welchen Donellus außer Acht gelassen hat, würde hier ganz derselbe Grund für des Africanus Meinung eintreten, als in jedem andern Fall. Dieser Grund nämlich kann nur allein in den Ansprüchen des Stipulator gegen den adiectus gesucht werden, welchen Gesichtspunct Donellus selbst richtig aufgefaßt hat. Denn um des promissor willen (wenn bei ihm auch ein Interesse denkbar wäre) kann African's Bestimmung unmöglich da seyn, da ihm ja nur sein Wahlrecht genommen wird; und eine civilrechtliche Nothwendigkeit für das Aufhören der Zahlungsbefugnis an den adiectus ist auch nicht da, weil gar kein Recht des adiectus in Frage ist, also die durch capitis deminutio bewirkte Auflösung seines civilrechtlichen Zustandes hier nicht im Wege steht. Dies lezte in Verbindung damit, daß gerade auch in Beziehung auf den Niesbrauch durch die capitis deminutio nur der schon constituirte aufgehoben, aber nicht seine Constituirung gehindert wird [163]), war es wohl nur, was

163) L. 1. §. 1. D. quib. modo usufr. (7, 4.)

Digitized by Google

mit den Worten: quia et sic stipulari possumus, mihi aut Titio, cum capite minutus erit, dari, ausgesprochen werden sollte.

Wenn nun Donellus für den Fall des ususfructus, als einen zweiten Grund anführt, daß hier der promissor für die Fortdauer seiner Zahlungsbefugnis besonders interessirt sey, da der Niesbrauch in der Person des adiectus früher beendigt werden könne, als beim Stipulator, so ist theils diese Voraussezung sehr zu bezweifeln (vergl. oben §. 14.), theils ist trotz derselben kein Unterschied von andern Fällen einzusehen; denn auch bei jeder andern Leistung kann ja dem promissor die Zahlung an den adiectus bedeutend leichter und vortheilhafter seyn, als an den Stipulator. Sonach scheint es richtiger zu seyn, Papinian's Ausspruch nicht als eine Singularität des ususfructus anzusehen, sondern ihn mit der Stelle von Africanus auf demselben Wege zu vereinigen, als die von Julianus. Darin ist aber gewiß die Meinung des Donellus völlig zu billigen. Der Widerspruch zwischen Africanus und den beiden andern Juristen löset sich nämlich schon durch die gemachte Bemerkung, daß nur die Ansprüche des Stipulator an den adiectus den Grund zu der durch capitis deminutio anzunehmenden Aufhebung der Zahlungsbefugnis an den leztern abgeben können, und daher nach den Stellen von Julianus und Papinianus zu entscheiden ist, sobald die rechtliche Lage des adiectus durch capitis deminutio nicht nachtheiliger für die Ansprüche des Stipulator geworden ist. Dazu kommt aber, daß Africanus auch blos solche Beispiele anführt, in welchen die Veränderung dem Stipulator die Verfolgung seiner Ansprüche rechtlich erschwert, während ihm z. B. die Emancipation des adiectus eher vortheilhaft seyn wird. So erhalten die zu allgemein gefaßten Worte des Africanus: si in eodem statu, in eadem

Digitized by Google

causa maneat, ihre bestimmte Begränzung, in welcher sie aber auch nicht das mindeste Auffallende haben, und am wenigsten für die s. g. clausula rebus sic stantibus gemißbraucht werden können. Denn es ist etwas ganz anderes, wenn factische Umstände eintreten, welche die Rechtsverfolgung erschweren, und wenn eine Veränderung eintritt, die dem Berechtigten ohne sein Verschulden, die Geltendmachung seiner Befugnisse aus rechtlichen Gründen ganz oder theilweise unmöglich machen würde. Jenes verdient juristisch gar keine Berücksichtigung und es versteht sich daher von selbst, daß wenn z. B. durch Veränderung des Wohnorts des adiectus und dergl. dem Stipulator die Verfolgung seines Rechts gegen ihn noch so sehr erschwert wird, nichts destoweniger an den adiectus gezahlt werden darf. Allein kommt derselbe z. B. durch Arrogation in die potestas eines andern, so sind es rechtliche Gründe, die den Stipulator an der vollen Erlangung seines Rechts hindern [164]), und deshalb die Zahlungsbefugnis des promissor aufheben, der ja in der Regel auf Seiten des Stipulator die Möglichkeit entsprechen muß, durch den adiectus zu seiner Befriedigung zu gelangen.

164) Da hiebei der adiectus erst nach der Arrogation Schuldner des Stipulator wird, so hat der leztere nicht einmal die Sicherheit, wodurch die, welche vorher Gläubiger des Arrogirten waren, sich helfen können, §. 3. I. de acquis. per arrog. (3, 11.) — Ebenso würde es z. B. widersinnig seyn, die Zahlung an den adiectus noch zuzulassen, wenn dieser wahnsinnig geworden ist und daher nicht mehr in die obligatio mandati gegen den Stipulator treten kann, so daß dieser dann nichts erhielte, als wodurch etwa zufällig das Vermögen des adiectus bereichert wurde. Etwas anderes aber ist es, wenn jener einen zur Zeit der Eingehung der Stipulation bereits Wahnsinnigen selber zum adiectus machte (§. 13. Note 55.); hier ist es seine eigne Schuld, wenn er keine Befriedigung erhält.

Digitized by Google

XII.

Ueber den der Rede pro Q. Roscio Comoedo zu Grunde liegenden Rechtsfall.

Von Puchta.

In den ciceronianischen Reden haben wir Werke vor uns, welche in engen Gränzen abgeschlossen und vollendet sind, und deren vollen Inhalt wir daher leichter in einem Blick zusammenfassen können, als dies bei Werken bedeutenderen Umfangs und bei solchen, die mit andern in wesentlicher innerer Beziehung stehen, der Fall ist. Auf der andern Seite sind sie einseitige Darstellungen der Sache, welche ihre Veranlassung ist, und fordern uns dadurch auf, eine richtige Vorstellung von der nicht selten künstlich verhüllten wahren Gestalt derselben zu erwerben. Darauf beruht hauptsächlich der Reiz, welchen das Studium dieser Reden, und vornämlich, wegen der häufigeren und feineren Verwickelungen, der in Civilprocessen gehaltenen hat. Kommt nun noch hiezu, was bei der in der Ueberschrift genannten eintritt, daß uns die Rede nicht vollständig überliefert ist, so vermehrt sich durch eine solche Erschwerung eines übrigens durch den compendiosen Umfang seines Materials erleichterten Geschäfts jener Reiz, diese Schwierigkeiten zu überwinden, und die Natur der

Digitized by Google

Sache, von welcher uns ein einseitiger und außerdem noch durch den Zufall verkümmerten Bericht vorliegt, zu ergründen.

Cicero theilt selber die Rede, mit der wir es hier zu thun haben, in zwei Abschnitte. Am Ende des fünften Kapitels nämlich sagt er: Nachdem er den Ungrund der Klage in der Form wie sie angebracht sey, gezeigt und die Gewißheit habe, daß ein absolutorisches Urtheil erfolgen müsse, fordere ihn der unbescholtene Charakter seines Clienten, die Achtung vor dem Richter, um dessen günstigen Spruch nicht blos, sondern auch um dessen günstige Meinung es ihm zu thun sey, endlich die Anwesenheit anderer ausgezeichneter Männer, alles dieses fordere ihn auf, noch weiter als es nothwendig sey, von der Sache zu reden, und darzuthun, daß sein Client keineswegs blos wegen einer ungeschickten Wahl der Klage von Seiten des Gegners Recht behalte. Er werde daher nun sprechen, wie wenn in der von dem Kläger gewählten Formel alle Civil- und alle prätorischen Klagen, welche dieser hätte anstellen können, Judicia und Arbitria, enthalten wären, ja sogar auch bloß moralisch begründete Anforderungen, denn auch in Absicht auf diese würde das Recht auf der Seite seines Clienten gefunden werden. Wohl zu merken aber, er gebe den durch die bisherige Darstellung juristisch betrachtet schon erfochtenen Sieg nicht auf, die folgende Rede sey etwas rein freiwilliges, jene sey für den Richter gewesen, diese werde für den Menschen seyn, jene für den Beklagten, diese für den Roscius, bei jener sey es um das Urtheil zu thun gewesen, bei dieser handle es sich um den guten Ruf.

Unterholzner in seiner Abhandlung über unsere Rede [1]) hat sich durch diesen rhetorischen Kunstgriff (wie

1) Zeitschr. für gesch. Rechtsw. I. 9.

Digitized by Google

wir ihn, auch ohne der Rechtmäßigkeit der Sache des Roscius zu nahe zu treten, nennen können) zwar nicht bestimmen lassen, dem Redner wirklich eine vollkommene Sicherheit über den Effect seiner vorhergehenden Ausführung zuzutrauen, aber doch hat ihn diese Aeußerung vermocht, anzunehmen, daß „blos die Reste des ersten Theils bis zu jener Stelle (der Anfang der Rede ist, wie der Schluß, verloren) uns den eigentlichen Aufschluß über die wesentlichen Beziehungen dieser Rede geben können“ [2]). Dem zu Folge glaubt er: der Gegner des Roscius habe seine Klage auf einen Literalcontract gestüzt [3]). Aber wenn Cicero auf das bestimmteste die Existenz der Schuld in den tabulae accepti et expensi leugnet, und vielmehr sagt, der Kläger habe sich nur auf seine aduersaria berufen, so läßt sich nach dem, was wir jezt von der Literarum Obligatio wissen, eine so leicht in ihrer Nichtigkeit darzustellende Begründung der Klage schwerlich annehmen. Wie dem aber auch sey, so wird sich aus der unten folgenden Entwickelung ergeben, daß ohne Beiziehung des zweiten Theils eine richtige Vorstellung von dem Rechtsstreit unmöglich ist.

Mit Recht haben frühere Interpreten, und namentlich Manutius und Hotomanus in ihren argumentis zu unserer Rede, sich durch jene Aeußerung Cicero's nicht irre machen lassen, und die Erzählung, die er im zweiten Abschnitt seiner Rede giebt, als einen wesentlichen Punkt für die Beurtheilung des Rechtsfalls betrachtet, wenn auch nicht mit vollkommenem Erfolg benuzt. Nur haben sie die Beiziehung des zweiten Abschnitts nicht gehörig gerechtfertigt, und Hotomanus hätte sich diese Rechtfertigung, wenn er sie unternommen, durch die ausdrück-

2) a. a. O. S. 249. 250.
3) a. a. O. S. 256.

Digitized by Google

liche Bemerkung, daß der Theil der Rede, welcher die Darstellung der den Rechtsfall bestimmenden Thatsachen enthielt, die narratio, in dem verloren gegangenen Anfang der Rede gestanden habe, sehr erschwert.

Die rhetorisch regelmäßige Ordnung der verschiedenen Theile einer Rede ist allerdings folgende: principium, narratio, divisio, confirmatio, confutatio, conclusio. Aber in der Praxis haben diese Theile nach dem Bedürfnis des Falls häufig eine andere Ordnung erhalten, welche oratoris iudicio ad tempus accommodatur [4]). Dies kann namentlich die narratio treffen [5]), und ein Redner, welcher Ursache hat, die Aufmerksamkeit des Richters von gewissen Thatsachen abzulenken, wird sich veranlaßt sehen, der Darstellung derselben einen andern, als den solennen Plaz am Anfang der Rede zu geben. So bemerkt Quinctilian [6]), daß Cicero in der Rede für Milo mit gutem Grund die Narratio verschoben, und ihr die Abhandlung von drei Quäſtiones vorausgeschickt habe. Wenn nun auch Cicero bei unserer Rede das Recht seines Clienten, selbst hinsichtlich der materiellen Grundlage des Rechtstreits, für ganz klar und unzweifelhaft gehalten hätte, so hatte er doch auf jeden Fall auch das Argument auszuführen, daß ganz abgesehen davon Roscius von der Klage, so wie sie der Gegner angestellt habe, zu entbinden sey. Dies mußte vorher erörtert werden, ehe er auf das Materielle, und damit auch zur Narratio kam, welche dort keinen Plaz fand. Dies ist der Sinn der oben erwähnten Aeußerung, wodurch er den ersten Theil seiner Rede vom zweiten scheidet. Der Anspruch, den Fannius gegen Roscius macht, ist vor allem unbegründet,

4) Lib. III. ad Herenn. cap. 9.
5) Ibid. cap. 10.
6) Inst. orat. IV. 2.

Digitized by Google

wie er erhoben worden ist, und um dies zu zeigen, war keine ausführliche Narratio nöthig [7]); aber es läßt sich auch überhaupt, wenn wir ihr gesammtes rechtliches Verhältnis, in welchem sie standen, zusammennehmen, kein solcher Anspruch ausfindig machen, und dies soll der zweite Theil zeigen, also muß dieser auch die Narratio enthalten. Er enthält sie denn auch, und zwar in sehr kunstreicher Art, die, so wie sie bestimmt war, die schwachen Seiten der gegnerischen Behauptungen besonders hervorzuheben, und dagegen die dem Roscius ungünstigeren Punkte aus den Augen zu rücken, so auch uns die Einsicht in dieselben, und namentlich die Erkenntnis ihres Zusammenhangs mit der wirklich angestellten Klage, worauf alles ankommt, erschwert.

C. Fannius Chärea hatte einen Sclaven Panurgus, und schloß über diesen mit Q. Roscius einen Societätsvertrag, wonach Roscius den Sclaven in seiner Kunst unterrichten, dagegen aber Miteigenthümer desselben werden sollte (cap. 10.). Der Erfolg des Unterrichts entsprach den Erwartungen der beiden Contrahenten. Aber der Sclave ward von einem gewissen Flavius getödtet. Die beiden Socii beschließen, die aquilische Klage gegen diesen anzustellen, Fannius übernimmt die Führung des Processes, und wird von Roscius für dessen Theil als Cognitor bestellt (cap. 11.).

Nach der Litiscontestation schließt Roscius einen Separatvergleich mit Flavius, wonach er von ihm einen Werth von 100000 Sestertien erhält (cap. 11.); eigentlich, wie Cicero erläutert, ein Grundstück, welches damals

7) Ich gebe den Grund, warum die Narratio nicht im ersten Theil vorkommt, hier einstweilen, wie ihn Cicero selbst vorstellt. Daß ihm aber die Narratio im ersten Theil nicht blos nicht nöthig war, sondern daß sie ihm sogar hinderlich gewesen wäre, kann sich erst aus der folgenden Erörterung selbst ergeben.

Digitized by Google

von geringem Werthe gewesen, jezt aber freilich durch Roscius ein bestbeschaffenes Landgut geworden sey (cap. 12.). Dieser Vergleich wurde vier Jahre [8]) vor unserer Rede geschlossen (cap. 13.).

Vor drei Jahren ist eine restipulatio gemacht worden, der zu Folge Fannius dem Roscius die Hälfte dessen versprochen hat, was er von Flavius durch die aquilische Klage erhalten würde. Nach Cicero's Angabe ist diese Stipulation dadurch veranlaßt, daß C. Piso dem Roscius vorgeschlagen, dem Fannius für seine Mühwaltung als Cognitor 100000 Sest. [9]) zu geben, wogegen dann dieser jenes Versprechen geleistet habe.

Schon vor dem gegenwärtigen Proceß hatte Roscius über diese Societätsverhältnisse einen Rechtstreit mit Fannius vor einem Arbiter, demselben C. Piso, der so eben erwähnt und vor dem als Juder auch unsere Rede gehalten worden ist (cap. 4. 9.). Nach dem Ausdruck compromissum feceris (cap. 4. §. 12.) und der Art, wie die Parteien dieses Arbitrium wieder aufgaben (cap. 9.), möchte man annehmen, daß es kein gerichtliches Arbitrium auf angestellte actio pro socio war, wenn gleich Cicero diesen Arbiter auch Juder nennt (cap. 9. §. 26.), und überhaupt so davon spricht, als wenn ein gerichtliches Verfahren stattgefunden hätte. Er wirft dem Fannius vor, daß er über dieselbe Schuld, die er jezt als certa pecunia vor den Juder bringe, schon einen Arbiter ge-

8) Nach der allerdings (nur nicht wegen aller der von ihm angeführten Gründe) wahrscheinlichen, und in die späteren Ausgaben übergegangenen Vermuthung Hotoman's. Die Handschriften und ältern Ausgaben lesen XV. Der Zusammenhang sämmtlicher Thatsachen fordert eine kürzere Zeit. Die Aeußerung (Flavius) iam pridem est mortuus (cap. 14.) beweiset bei der Relativität des Ausdrucks nicht das Gegentheil.

9) Nach Ernesti's Vermuthung 50000 — nach Lambinus 15000 — nach Manutius 10000. S. unten.

Digitized by Google

nommen habe, was man nicht thue, wenn man eine bestimmte Geldsumme zu fordern, und dies auch durchzusezen das Vertrauen habe. Wie dem auch sei, dieser Streit wurde damals durch Uebereinkunft zwischen beiden Parteien niedergeschlagen (cap. 9.).

Nach Cicero's Behauptung hat auch Fannius von Flavius im Wege des Processes 100000 Sest. erhalten, worüber er zwei Zeugen beibringt, welche dies von Cluvius, dem Richter in diesem Proceß, gehört zu haben aussagen.

Wir gelangen nun zu dem Proceß, in welchem unsere Rede gehalten ist.

Die Klage des Fannius gegen Roscius geht auf certa pecunia, es ist tertiae partis sponsio vorgenommen worden (cap. 4. 5.). Cicero spricht anfangs von 100000 Sest. (cap. 1.), nachher werden 50000 als die Summe angegeben, die in der Formel genannt sey (cap. 4.). Diese verschiedenen Angaben erklären sich, wenn Fannius auf die Hälfte eines Ganzen Anspruch machte, wodurch es dem Redner möglich wurde, nach Umständen bald die eine, bald die andere Summe zu nennen. Die Forderung soll vor drei Jahren entstanden seyn (cap. 9. §. 3.). Worauf gründet sie der Kläger?

Cicero führt am Anfang der Rede aus: die Klage auf certa pecunia könne sich nur gründen entweder auf adnumeratio — diese behaupte der Kläger nicht —, oder auf expensi latio — aber die tabulae accepti et expensi des Klägers enthielten so wenig etwas davon als die des Beklagten, auf die aduersaria des Klägers komme nichts an —, oder endlich auf stipulatio, diese könne der Kläger nicht beweisen, die Zeugen schwiegen alle davon. In der Rede werden aber noch folgende Punkte erwähnt, die der Kläger für sich anführt, und der Redner zu beseitigen sucht.

Digitized by Google

Der Kläger hatte sich auf seine Adversaria berufen, in welchen die Schuld des Roscius angemerkt war, Cicero bestreitet ihre Beweisfähigkeit (cap. 2. 3.). Als ursprüngliche Quelle seiner Forderung hatte Fannius das Societätsverhältnis angeführt (cap. 6. ff.) und darin besonders den Umstand, daß Roscius ohne ihn mit Flavius sich verglichen, und einen Werth von 100000 Sest. von diesem gezogen. Davon gebühre ihm die Hälfte, sey es daß Roscius über das Ganze paciscirt habe (wovon Cicero weitläufig das Gegentheil ausführt (cap. 12–17.) oder nur über seinen Antheil an der Forderung, denn was ein Socius als solcher einnehme, das falle in die Societät, so lange diese bestehe, und dessen Mittheilung könne von dem andern gefordert werden, wenn es auch nur so viel betrage, als was der Empfänger bei künftiger Auflösung der Societät als seinen Antheil vom Ganzen ansprechen könne.

Es ist offenbar, daß keiner dieser Punkte die Klage unmittelbar begründen sollte. Es wäre zu thöricht gewesen, die Schrift in den Adversarien als eine causa obligationis, wie die in dem codex accepti et expensi, anzuführen, oder die actio pro socio auf certa pecunia anzustellen, als daß man annehmen könnte, Fannius habe dies wirklich gethan. Vielmehr sind diese Punkte ohne Zweifel nur zur Unterstützung und zum Beweis seines eigentlichen Klagegrunds gebraucht worden. Welches ist nun aber dieser?

Es kommt noch eine Behauptung des Klägers in der Rede vor, auf die uns unter andern gerade das Bestreben des Redners, sie in den Hintergrund zu schieben und in eine mehr zufällige Verbindung zu bringen, aufmerksam machen muß. Roscius habe mit ihm, behauptet der Kläger, pactionem über die Anforderungen ex societate bei Gelegenheit des früheren Handels vor dem Arbiter

Digitized by Google

gemacht, was Cicero so wendet, als habe Fannius den Roscius, weil er vor dem Arbiter den Proceß zu verlieren fürchtete, gebeten, die Sache ruhen zu lassen (cap. 9.). Dazu kommt noch die Erzählung Cicero's, Piso (der Arbiter) habe Roscius vorgeschlagen, dem Fannius für seine Mühwaltung als Cognitor 100000 Sest. oder wie hoch die Summe sich belaufen mochte (s. Note 9.) zu geben (cap. 10.). Die Höhe der Summe, wenn sie auch um die Hälfte weniger betrug, macht diese Erläuterung höchst bedenklich; auf die Emendationen des Lambinus und des Manutius, welche 15000 oder 10000 annehmen, kann keine Rücksicht genommen werden, da sie eben nur in dieser Unwahrscheinlichkeit, daß einen Cognitor die ganze aestimatio litis zur Belohnung gegeben werden sollte, ihren Grund haben.

Alles dieses zusammengenommen glaube ich, folgendes könne als ein mit möglichster Sicherheit aus der ganzen Rede sich ergebendes Resultat angenommen werden.

Die beiden Socii hatten gemeinschaftlich, jeder für seinen Antheil an dem getödteten Sclaven, die actio legis aquiliae gegen Flavius. Fannius sollte diesen Proceß führen, und wurde von Roscius für dessen Antheil als Cognitor bestellt. Roscius aber transigirte mit Flavius nachher ohne Fannius, und veranlaßte den lezteren, gegen ihn mit einer Forderung aus der Societät auf die Hälfte des durch den Vergleich Empfangenen aufzutreten. Roscius weigerte sich; sie brachten die Sache vor einen Arbiter.

Beide Theile hatten hier in ihrer Art Recht: Roscius, indem er sagen konnte, er habe nur über den Antheil transigirt und transigiren können, der ihn ohnehin treffen würde, Fannius werde ohne Zweifel seinen Antheil von Flavius ebenfalls bekommen, geschehe dies wider alle Wahrscheinlichkeit nicht, so sey es dann noch immer Zeit,

Digitized by Google

alles ins Gleiche zu bringen; dies sey die einfachste Art von der Sache zu kommen. Fannius dagegen konnte auf seinem Recht beharren, wonach jeder Socius das was ihm in Societätsangelegenheiten zukommt, dem andern zu conferiren hat, was Roscius nun zu thun habe, wie er es seinerseits thun werde, wenn er den übrigen Betrag von Flavius auch werde erhalten haben; da er einmal als Cognitor bestellt sey, und schon als solcher die Hälfte dessen, worein ihm Flavius werde condemnirt werden, dem Roscius herauszugeben haben würde, so sey der einfachste und am wenigsten Irrungen veranlassende Weg vielmehr der, dabei zu bleiben. Uebrigens konnte er sich auf die Ungewißheit berufen, ob er von Flavius, wo nicht überhaupt etwas, doch wenigstens, ob er so viel erhalten würde, als Roscius vielleicht durch Gunst der Umstände, in Rücksicht auf seine Bekanntschaften u. dgl. sich habe verschaffen können, während das Recht der Societät Gleichheit fordere. Das Sicherste sey also, jezt das was Roscius erhalten habe, und künftig das was er, Fannius, erhalten werde, zu theilen.

Unter diesen Umständen eignete sich die Sache zu einer gütlichen Uebereinkunft, zu welcher auch der Arbiter rieth.

Man traf das Abkommen, daß Fannius von Roscius eine Summe erhalten, dagegen aber dem lezteren die Hälfte dessen prämittiren solle, was er von Flavius empfangen würde. Dies ist nun der Hauptpunkt für das Verständnis unserer Rede. Man sieht, es wurde dem Fannius hier zugestanden, was er gefordert, nur die Modification traf Roscius zu seiner Sicherheit, daß Fannius die Summe von ihm nicht sogleich erhielt, wie denn auch Cicero nur sagt, der Arbiter habe den Vorschlag gemacht, ut Fannio daret, keineswegs daß das Geben wirklich stattgefunden habe. Wie hoch belief sich diese Summe? Nach dem eben aufgezeigten Zusammenhang muß sie in

Digitized by Google

der Hälfte der 100000 Sest. bestehen, die als der Werth des zwischen Roscius und Flavius getroffenen Abkommens angenommen werden. Die Handschriften haben 100000 Sestertien, aber diese Summe ist ganz ohne Erklärung, und die Lesart ist daher von jeher für unrichtig gehalten worden. Wie ich nun glaube, daß die Conjecturen des Lambinus und Manutius verworfen werden müssen, so bin ich überzeugt, daß die Vermuthung Ernesti's haltbar sey, und lese mit ihm 50000. Dies ist nun auch die Summe, welche Fannius in dem Proceß, in den unsere Rede gehört, fordert. Daß diese und jene aber wirklich identisch sind, daß sich die Forderung des Fannius aus jenem Abkommen vor dem Arbiter herschreibt, das wird noch durch folgenden Umstand bestätigt. Cicero sagt, die Forderung des Fannius stehe schon seit drei Jahren und darüber in den Adversarien desselben (cap. 3.). Gerade so lange aber ist es, daß jenes Abkommen zwischen Fannius und Roscius getroffen worden war (cap. 13. §. 37.).

Roscius zahlte die versprochene Summe nicht, und glaubte um so mehr dessen überhoben zu seyn, da ihm von angesehenen Männern versichert wurde, daß Fannius in Folge seines Processes mit Flavius von Diesem 100000 Sest. gezogen habe. Unter dieser Voraussezung hob sich das, was nach jenem Abkommen er dem Fannius und dieser ihm zu leisten hatte. Nun aber trat Fannius mit der Klage auf die versprochenen 50000 Sest. gegen ihn auf, wobei er ohne Zweifel eine Stipulation behauptete, durch welche Roscius sie in Folge jener Verhandlungen vor dem Arbiter ihm schuldig geworden sey, wie er wiederum jenem durch die Restipulation die Hälfte der von Flavius zu ziehenden Summe.

Die Mittel zum Beweise dieser Stipulation müssen ihm gefehlt haben; Cicero sagt: stipulationem non esse taciturnitas testium concedit. Möglich, daß sie wirklich

Digitized by Google

nicht vollzogen wurde, und daß Fannius damals seine Ursachen hatte, diese Ausführung seiner Uebereinkunft mit Roscius von Seite des lezteren nicht zu urgiren. Cicero's Behauptung, daß es vornämlich dem Fannius darum zu thun gewesen sey, von jenem Rechtshandel vor dem Arbiter loszukommen, daß er den Roscius deshalb überlaufen habe (cap. 9.), ist vielleicht nicht ganz ohne Grund [10]). Kurz der Kläger fand für nöthig, zu mittelbaren Beweisen zu greifen, seine Adversarien zu produciren, worin diese Forderung vorgemerkt war, und sich auf die Societätsverhältnisse zu berufen, aus denen dieselbe auf die vorgetragene Art hervorgegangen war, um dadurch, daß die Forderung wirklich existirt habe, seine Behauptung, daß sie von Roscius in der Form, die ihn zu der angestellten Klage berechtigte, anerkannt worden sey, zu unterstüzen.

Es kann nun noch die Frage entstehen, warum, wenn die Sache sich so verhielt, wie hier angenommen worden ist, Cicero diese Lage derselben nicht auch ganz einfach dargestellt, und dadurch am besten den Richter von dem Rechte seines Clienten überzeugt habe, namentlich warum er nicht das Argument gebraucht habe, daß wenn auch Fannius an Roscius 50000 zu fordern habe, diese Forderung durch die Gegenforderung von ebensoviel aus der Repromission des Fannius aufgehoben sey? Der Grund liegt nicht darin, daß diese einfachere Vertheidigung des Clienten geringe Kunst erforderte, und sich daher einem Redner beginnenden Rufs wenig empfahl. Auch darauf

10) Wie wenn damals schon Fannius seinen Antheil von Flavius, wie ein Jahr früher Roscius den seinigen, bezogen hatte, und durch seine Nachgiebigkeit in Beziehung auf die Vollziehung der Stipulation nähere Nachforschungen verhüten wollte? Jezt war Flavius gestorben, und konnte nicht mehr vernommen werden. Daher der Triumph, mit dem Cicero ihn durch das Zeugnis des Cluvius überrascht: circumspicit, aestuat, negat nos Cluuii testimonium recitaturos.

Digitized by Google

ferner, daß der Hauptumstand, nämlich der Bezug der vermöge der Repromission dem Roscius zur Hälfte mitzutheilenden 100000 Sest. durch Fannius, nicht vollständig zu beweisen war, ist nicht das hauptsächlichste Gewicht zu legen. Aber die Frage beantwortet sich von selbst dadurch, daß zu Cicero's Zeit die Einrede der Compensation in einem strictum iudicium nicht statt fand, Roscius also, so bald die Klage begründet war, auch bei sofortigem vollen Beweis seiner Gegenforderung, hätte condemnirt werden müssen. Deshalb bestand die Aufgabe des Redners darin, die Begründung der Klage anzugreifen, und als nichtig darzustellen, und dies konnte ihm am besten gelingen, wenn er sich vorerst auf die Vorgeschichte des Processes gar nicht einließ, und dem Gegner mit der bestimmten Frage zu Leibe gieng, wo denn die adnumeratio, die expensilatio, oder die stipulatio sey, ohne welche alle Worte, die er gemacht habe, unnüz seien. Daß er aber im zweiten Theil seiner Rede, wo er die materielle Nichtigkeit des Anspruchs nachzuweisen sich bestrebt, von den beiden Punkten, dem Versprechen des Fannius und dem wirklichen Empfang dessen, was er zur Hälfte herauszugeben versprochen, zulezt noch jenen Gebrauch machte, das ist allerdings sehr wahrscheinlich; und da der Schluß der Rede fehlt (und die Lücke am Ende ist wahrscheinlich beträchtlich größer, als die am Anfang), so sind wir nicht verhindert anzunehmen, daß diese nahe liegende Bemerkung auch in der That von ihm gemacht worden sey.

Digitized by Google

XIII.

Frontinus de controuersiis agrorum, mit seinen Commentatoren Aggenus Vrbicus und Pseudo-Simplicius.

Von Blume.

Die agrimensorische Schrift, deren Berichtigung in der nachfolgenden Abhandlung versucht werden soll, ist durchaus nicht die einzige von unmittelbarem juristischen Interesse, aber sie überbietet alle anderen an kritischen Schwierigkeiten. Nach dem kläglichen Zustande unserer handschriftlichen Hülfmittel scheint es beinahe unmöglich, hier Alles mit einem Male in's Reine zu bringen; so scheue ich mich denn nicht, meine eigenen Arbeiten schon jezt in ihren vorläufigen Resultaten vorzulegen, um mir dadurch den Weg zu fremder Hülfe zu bahnen. Eine vollständige Ausgabe der Agrimensoren — gewiß keine leichte Arbeit — wäre mir ohne die zufällige Gelegenheit, die wichtigsten Handschriften zu vergleichen, und ohne den Reiz, der allem Räthselhaften eigen ist, nie in den Sinn gekommen; fest beschlossen wurde sie erst, nachdem Niebuhr, ganz kurz vor seinem Tode, mich öffentlich darum gemahnt hatte. Möge sie denn, wenn sie dereinst zu Stande kommt, seines Andenkens würdig sein!

Zur Basis unserer Untersuchungen mag der gewöhnliche Text, nach der elenden Rezension von Goesius, dienen; was Handschriften und ältere Ausgaben vor ihm voraus haben, ist wenig erheblich, und könte hier leicht die Uebersicht des Ganzen erschweren.

Digitized by Google

I. Text nach Goesius.

[Goes. pag. 39 med.] DE CONTROVERSIIS.

Materiae controuersiarum sunt duae, finis et locus: harum alterutra continetur, quicquid ex agro *a* de his interuenit. Sed quoniam in his quoque partibus singulae controuersiae diuersas habent conditiones, *b* propriae sunt nominandae. Vt potui ergo comprehendere, genera sunt controuersiarum numero XV.

DE positione terminorum, De rigore, De fine, De loco, De modo, De proprietate, De possessione, De alluuione, De iure territorii, De subseciuis, De locis publicis, De locis relictis et extraclusis, De locis sacris et religiosis, De aqua pluuia arcenda, De itineribus.

[Goes. p. 40] DE positione terminorum controuersia est inter duos plurésue uicinos. Inter duos, an in rigore sit caeterorum *a* siue rationis. Inter plures, trifinium faciat, an quadrifinium. De horum opinione cùm constitit mensori, *aes. inspicit.* si secundum pristini temporis possessionem non conueniunt, diuersas attiguis possessoribus faciunt controuersias, sed ab integro alius fortè de loco, alius de fine litigat.

DE rigore controuersia est finitimae conditionis, quoties inter duos plurésue terminos ordinatos, siue quae alia signa, secundum legem Mamiliam intra quinque pedes agitur. **

DE fine similis est controuersia, nec dubium est *b* quin supra de finis conditione dixerim. Nam et eadem lege continetur, et de quinque pedum agitur latitudine. Sed *et* de fine *est* quicquid per*tinet ad* flexus quibus arcifinii agri continentur, *c* ut per extrema promontoria, aut summa montium, aut fluminum cursus, aut locorum natura, quam supercilium appellant.

DE loco controuersia est, quicquid excedit supra scriptam latitudinem, cuius modus *d* adpatentem non

---

a F. Litis interu. *b* F. Propterea.
a F. Suae. *b* F. Quum. *c* F. Vtpote ext. *d* F. Pátenter.

Digitized by Google

proponitur. Hæc autem controuersia frequenter in arcifiniis agris uariorum signorum demonstrationibus exercetur, ut fossis, fluminibus, arboribus antemissis, aut culturæ discrimine. **

DE modo controuersia est in agro assignato, agitur enim de antiquorum nominum propria defensione. Vt si L. Titius dextra decumanum tertium, citra cardinem quartum acceperit sortis suae partes tres, siue *e* quòd huic simile, quartam habeat in quacunque proxima centuria. Huic enim uniuersitati limes finem non facit, etiamsi publico itineri seruiat. Nam in cæteris agris de modo fit controuersia, quoties promissioni modus non quadrat. **

[Goes. p. 41] DE proprietate controuersia est plerumque ut in Campania, *ubi* cultorum agrorum syluæ absunt in montibus, ultra quartum aut quintum fortè uicinum. Propterea proprietas ad quos fundos pertinere debeat, discutiatur. Est et pascuorum proprietas pertinens ad fundos, sed in commune, propter quod ea compascua multis locis in Italia COMMVNIA appellantur, quibusdam prouinciis PRO INDIVISO .... Nam per hæreditates aut emptiones eius generis controuersiæ fiunt, de quibus iure ordinario litigatur.

DE possessione controuersia est, de qua ad interdictum, hoc est, iure ordinario litigatur.

DE alluuione fit controuersia, fluminum infestatione. hinc fundi multas habent conditiones. **

DE iure territorii controuersia est denique ad ipsam urbem pertinens, *a* siue quòd intra pomerium eius urbis erit, quod à priuatis operibus obtineri non oportebit. Eum dico locum quem nec Ordo ullo iure à publico poterit amouere. Habet autem conditiones duas, unam urbani soli, alteram agrestis. Agrestis, quod in tutelam rei fuerat adsignatum urbanæ: urbani, quod operibus publicis datum fuerat aut destinatum. Huius soli ius, quamuis habita oratione Diuus Augustus de statu municipiorum tractauerit, in proximas urbes peruenire dicitur, *b* quarum ex uoluntate conditoris maxima pars finium coloniæ est adtributa, aliquaue portio mœnium extremæ perticae assignatio-

---

e F. Quid.
a F. Sicut. *b* F. Quum.

Digitized by Google

nis inclusa. Sicut in Piceno fertur, *c* inter montium Præcutianorum quandam oppidi partem Asculanorum fine circundari. [Quòd si ad hæc reuertamur, hoc conciliabulum fuisse fertur, et postea in municipii ius relatum.] Nam non *d* omnia antiqua municipia habent suum priuilegium. Quicquid enim ad coloniæ municipiíue priuilegium pertinet, territorii iuris appellant. Sed si ratio-[Goes. p. 42]nem appellationis huius tractemus, Territorium est *a* quicquid hostis terrendi causa constitutum est.

DE subseciuis controuersia est, quoties aliqua pars centuriæ, siue tota, non est assignata, et possidetur: aut *b* quicquid de extremitate perticæ possessor proximus alitúsue detinebit, *quod* ad subseciuorum *c* controuersiam pertinebit. **

DE locis publicis siue populi Romani siue coloniarum municipiorúmue controuersia est, quoties ea quæ neque assignata, neque uendita fuerint, aliquis possederit, ut alueum fluminis ueterem populi Romani, quem uis aquæ interposita insula, et diuisi proximi possessores finibus reliquerint. *d* aut syluæ, quas ad populum Romanum multis locis pertinere ex ueteribus instrumentis cognoscimus, ut ex proximo in Sabinis in monte Mutela. Nam et coloniarum aut municipiorum similis est conditio, quoties loca quæ Reipublicæ data assignata fuerant ab aliis obtinebuntur. ut subseciua concessa.

DE locis relictis et extraclusis controuersia est in agris assignatis. Relicta autem loca sunt, quae siue locorum iniquitate, *e* siue arbitrio conditoris relicta limites non acceperunt. Hæc sunt iuris subseciuorum. Extraclusa loca sunt æquè iuris subseciuorum, quæ ultra limites, et *f* ultra finitimam lineam erunt. Finitima autem linea mensuralis est, quae aut aliqua obseruatione, aut terminorum ordine seruatur. Multis enim locis assignationi agrorum immunitas superfuit sicut in Lusitania finibus Augustinorum.

DE locis sacris et religiosis controuersiæ plurimæ nascuntur, quæ iure ordinario finiuntur, nisi si de,

---

c H Interamnii. F. Interamnatium. *d* F. Omnia municipia habent sua antiqua priuilegia.

a F. quo quid. *b* F. Quum quid. *c* F. conditionem. *d* F. Aut syluas. *e* Al. siue in arbitrium. *f* F. Intra.

Digitized by Google

locorum eorum modo agitur, ut *g* locorum [publicorum] in montibus, aut ædium, quibus secundum instrumentum fines restituuntur. Similiter locorum religiosorum, quibus se-[Goes. p. 43]cundum *a* cautiones modus est restituendus. Habent enim et Mœsilea iuris sui hortorum modos circumiacentes, aut praescriptum agri finem.

DE aquæ pluuiæ transitu controuersia est, in qua si *b* collectus pluuialis aquæ transuersum secans finem *finem* alterius *c* fundi influit, et disconuenit, ad ius ordinarium pertinebit. Quod si per ordinationem finis ipsius agitur, exigit mensoris interuentum.

DE itineribus controuersia est, quæ in arcifiniis agris iure ordinario finitur, in assignatis, mensurarum ratione. Omnes enim limites secundum legem colonicam itineri publico seruire debent. Sed multi exigente ratione per cliua et confragosa loca eunt, quà iter fieri non potest, et sunt in usu agrorum eorum locorum. Vbi proximus possessor, cuius fortè sylua limitem detinet, transitum inuerecundè denegat. cùm itineri limitem aut locum limiti debeat. Est et controuersiæ genus quod ad solum non pertinet, de arborum fructibus earum quae in fine sunt, [siue intra] nec ullam ad radicem habent controuersiam, quoties inclinatæ in alterutram partem fructum iactauerint, inter affines mouent disputationem.

[Goes. p. 50.] AGGENI VRBICI COMMENTAR.

DE CONTROVERSIIS AGRORVM.

Pars Prior.

Svscepimvs quoque tractandos controuersiarum status cum Diuino præsidio. Materiae, inquit, controversiarvm svnt dvae, finis et locvs. harvm alterutra continetvr. sed qvoniam singvlae controversiae diversis conditionibvs obligantvr, *a* pro-

g F. Lucorum.
a Al. cautionis modum finis est r. *b* Al. collectio. *c* Al. flumen.
a F. propterea.

Digitized by Google

PRIAE NOMINANDAE SVNT. GENERA AVTEM CONTROVERSIARVM, ut ait Frontinus, SVNT NVMERO XV. Sed quia his [Goes. p. 51] generibus species non dedit, et quia secundum regulam dialecticam, neque genus sine specie, neque sine genere species potest dici, omnino dixit impropriè. Nos tamen suum illi idioma relinquentes, ad intelligendas eas atque exponendas, sicut promisimus, transeamus.

DE POSITIONE TERMINORVM CONTROVERSIA EST INTER DVOS PLVRESVE VICINOS. INTER DVOS AN IN RIGORE SIT POSITVS TERMINVS CAETERORVM *a* SIVE RATIONIS: INTER PLVRES, TRIFINIVM FACIAT AN QVADRIFINIVM. Cum ergo possessor inuenerit terminum in possessione sua aliter formatum, aut aliter positum quàm cæteri qui in ea possessione sunt, aut *non* inscriptum ut adsolet, agit de eo in qua sit positus ratione, seu ipse trifinium faciat, siue ab alio lineam procedentem excipiat. Dúmque uicinus possessor huic extiterit ambiguitati contrarius, magna inter utrosque controuersia agitatur. Solent enim hæ controuersiæ de comportionalibus nasci terminis. Nam si de eorum latere linea quasi ex præscripto artificis manu composita uideatur exire, atque in unius termini angulum impingere, qui in limite est positus, IN ISTIS, ut ait Frontinus, VELVT INSTANTIVM ARGVMENTORVM OPPORTVNITAS CONTROVERSIALIS APTATVR. hoc enim plerumque potest in *his* limitibus inueniri. Nam si ueteranus filiis suis unam possessionem diuidens in tres aut quatuor portiones, terminos uoluit interesse, potuit quiddam tale contingere, ut ex multis *b* quicunque respiceret angulum illius termini qui in maximo est limite constitutus. Hos siquidem terminos qui intra possessionum fines inueniuntur, comportionales appellauit antiquitas. QVI SI SECVNDVM PRISTINI TEMPORIS POSSESSIONEM NON CONVENIVNT, DIVERSAS ATTIGVIS POSSESSORIBVS CONTROVERSIAS GENERABVNT. SED ALIVS FORTE DE LOCO ALIVS DE FINE LITIGAT. Videndum hoc diligenti cura, et [Goes. p. 52] circuiri agrum ante omnia oportet, de quo intentio uertitur, et redintegrato suis fundo limitibus, per maximorum limitum rationem, tum de comportionalium terminо-

a F. Suæ. *b* F. Qualiscunque.

Digitized by Google

rum positione, quos uice tabellarum antiqui intercidendis portiunculis inter filios suos defigebant, integra ab artifice ratio proferatur.

De rigore atque de fine licet similem posuerit controuersiam, unamque eis conditionem esse firmauerit, tamen credo inter eos aliquid posse differre. Rigor enim naturalis est. qualiscunque enim rigor interuenit constituentibus limites, rarioribus locis terminos posuerunt, et seruari iubetur. RIGOR SI INVENTVS FVERIT DE TRIGINTA PEDVM LATITVDINE, VT NE AB VTROQVE POSSESSORE TANGATVR. QVOD SI PLVS DE XXX. PEDIBVS PATVERIT, IAM COLLIS EST, QVI EXIGIT VT SVPERIOR POSSESSOR IN PLANVM VSQVE DESCENDAT, ET SIBI DEFENDAT OMNEM DEVEXVM LOCVM. Hoc enim lex propter malignitatem inferioris possessoris instituit: ne aut arando, aut fodiendo superioris possessoris terras inuaderet. Termini quoque quibusdam locis positi sunt, ut ab uno ad unum dirigantur, per pedes à CCCXX. et supra, usque ad CCCCLXXX. et infra. hoc si licet. Nam Tiburtini distant à se in pedibus, à CCXL. et supra, usque ad DCLX. et infra. Quòd si spissiores non sunt, riparum et rigorum cursus seruabunt. Harum tamen quæ per multa milia pedum recturas, separationèsue agrorum ab initio suo usque ad occasum custodiunt. Et ne eas ripas aut rigores sequendos obseruarent, quæ intra corpus agri nascuntur, et in suo latere *a* decidunt, lex limitum eas prædamnauit. ne id aliquando sequamini, quod maior potestas limitum rectu-rarumue cursus non confirmat. Sed si conuẽtionis causa eas partes inter se conseruandas censuerunt, non recturæ imputandum, sed concurrenti definitioni fides est adhibenda.

[Goes. p. 53] DE fine enim lex Mamilia quinque aut sex pedum latitudinem præscribit. quoniam hanc latitudinem uel iter ad culturas accedentium occupat, uel circumactus aratri, quod usucapi non potest. Non enim iter quâ ad culturas peruenitur, capitur usu, sed id quod in usu biennio fuit. Finis enim multis documentis seruabitur, terminis et arboribus notatis,

a Al. deciduntur.

Digitized by Google

et fossis, et uiis, et riuis, et uepribus et superciliis, et rigoribus sæpe normalibus, et, ut comperi aliquibus locis, inter arua marginibus quibusdam tanquam puluinis: sæpe etiam limitibus. Item petras notatas quæ in finibus sunt, pro terminis habebitis. Si arboribus notatis fines obseruabuntur, uidendum quæ partes arborum notatæ sint. Notæ enim in propriis arboribus [à] foras ponuntur, ut arbores liberas in parte interiore [à] nota relinquat. Si communes sunt arbores, mediæ notantur, et ad utrumque pertinent. Nam si fossa erit finalis, uidendum utrum unius, an utriusque sit partis, et si in extremo fine facta. Itémque utrum publica, an uicinalis. Si iugis montium quæ ex eo nomine accipiuntur, quòd continuatione ipsa iungantur. Hæc autem omnia genera finitionum putato in uno agro posse sine dubio reperiri.

DE loco si agitur, quæ res hanc habet quæstionem, ut nec ad formam, nec ad ullum scripturæ *a* reuertatur exemplum. *b* nisi tantum hunc locum, hinc dico *abesse* et alter è contrario similiter. Quæ res ex similitudine ferè culturæ comparationem accipit. Id est; si sylua, cuius sit ætatis, par*ilitatis*, cæsuræ, [et ætas arborum, ut solent relinqui, quas antemissas uocant: et syluarum quoque ætates an sint pares] Si uineæ *c* similes erunt in comparatione; an ordines æquidistantes, an pari constitutione, et an simile genus uitium. Constabit tamen rem magis esse iuris, quàm nostri operis. quoniam ferè usucapiuntur loca quæ biennio [Goes. p. 54] possessa fuerint. Respiciendum erit tamen, quemadmodum solemus uidere quibusdam regionibus particulas quasdam in mediis aliorum agris, num quid simile huic interueniat. quod in agro diuiso accidere non potest, quoniam continuæ possessiones et assignantur, et redduntur. Et si fortè acciderit tale quid, commutatur locus pro loco, ut continua sit possessio. Ita ut dixi in assignatis fieri non potest. Argumentum itaque prudentiæ est, quam professionis. Præterea solent quidam complurium fundorum continuorum domini duos aut tres agros uni uillæ contribuere, et terminos qui finiebant singulos agros relinquere. Præterea qui contributi sunt uicini *a* non

a F. Referatur. *b* F. Mihi. *c* F. Similiter.
a F. Fundi, cont.

Digitized by Google

contenti suis finibus, tollunt terminos quibus possessio *b* eorum finitur, et eos qui inter fundos unius domini sunt, sibi defendunt. ita et hæc dispicienda erunt.

DE modo quæstiones ferè in agris diuisis et assignatis nascuntur: item quæstoriis, et uectigalibus subiectis. Quoniam scilicet in ærescriptura modus comprehensus est, [quod] semper erit ad formam respiciendum. et hoc *nisi* duobus possessoribus conueniat. Alioqui *qui* ex modo illo, qui ærescriptura continetur, forma liquebit, etiam si dominus aliquid uendidisset? Namque hoc comperi in Samnio, ut agri quos Diuus Vespasianus ueteranis assignauerat, eos ab ipsis, quibus assignati erant, iam aliter possideri. Quidam enim emerunt aliqua loca, adiecerúntque suis finibus, et ipsa uel uia finiente, uel flumine, uel alio quolibet genere. Sed nec uendentes ex acceptis suis, aut ementes adiicientesque ad acceptas suas certum modum taxauerunt, sed ut quisque modus aliqua, ut dixi, aut uia, aut flumine, aut aliquo genere finiri potuit, ita uendiderunt emerúntque. Ergo ad æs quomodo reuocari potest, si duobus, inter quos controuersia est, conuenerit. *c* In eis [Goes. p. 55] autem, qui uectigalibus subiecti sunt, proximus quisque *quid* possessioni suæ iunxit. Nam soliti erant antiqui in conductiones, et in emptiones modum comprehendere, atque ita cauere: FVNDVM ILLVM, IVGERA TOT. IN SINGVLIS LATERIBVS TANTVM. Itaque si in ea regione agitur, ubi hæc erit consuetudo, aut cautiones scilicet, aut emptiones intuendæ erunt, inter quos disputabitur acta utriusque mensura. Si nihil ad cautionem conueniat, et neutrius possessio modum cautione comprehensum impleat, magna erit rei confusio, quærendúmque numquid in uniuersa regione magis opinione quàm mensura modum *a* complecti soliti sint.

DE PROPRIETATE CONTROVERSIA EST PLERVMQVE, VT IN CAMPANIA VBI CVLTORVM AGRORVM SYLVAE ABSVNT IN MONTIBVS, VLTRA QVARTVM AVT QVINTVM FORTE VICINVM. Nam ubi mons fuit proximus asper seu sterilis, super quo fundi constitui nequiuerunt, aut forte aquæ inopia habitatio hominibus prorsus

b F. Singulorum. uel: priorum.
a Al. Taxent.
c F. Ex.

Digitized by Google

negata est, syluae tamen dum essent glandiferae, ne earum fructus perirent, diuiso monte particulatim datae sunt proprietates, quaedam fundis in locis planis et uberibus constitutis, qui paruis finibus stringebantur. Nam et in Suessano culti sunt, qui habent in monte Marico plagas syluarum determinatas, quarum proprietates ad quos fundos pertinere debeant, discutiantur. Nam et formae antiquae declarant ita esse. Respiciendum erit et illud, sicut dixi superius, quemadmodum solemus uidere quibusdam regionibus particulas in mediis aliorum agris. Hoc argumentum prudentiae est quam professionis. Videndum quoque quoniam EST ET PASCVORVM PROPRIETAS PERTINENS AD FVNDOS, SED IN COMMVNE. PROPTER QVOD EA COMPASCVA MVLTIS LOCIS COM-[Goes. p. 56]MVNIA APPELLANTVR, IN QVIBVSDAM PROVINCIIS PRO INDIVISO. Haec ferè pascua certis personis data sunt depascenda, sed in communi. quae multi per potentiam inuaserunt, et colunt. De eorum proprietate ius ordinarium solet moueri, atque interuentu mensurarum demonstratur, ut sit assignatus ager. NAM PER EMPTIONES VEL HEREDITATES HVIVS GENERIS CONTROVERSIAE FIVNT. Quaedam loca feruntur ad personas publicas attinere. nam personae publicae etiam coloniae appellantur, quae habent assignata in alienis finibus quaedam loca, quae solemus praefecturas appellare. Harum praefecturarum proprietates manifestè ad colonos pertinent, non ad eos quorum fines sunt diminuti. Solent et priuilegia quaedam habere *a* beneficia principum, *b* quod longè et remotis locis saltus quosdam reditus causa acceperunt. quorum proprietas ad eos quibus data est, indubitare pertinet. Sunt et aliae proprietates quae municipiis à principibus sunt concessae.

DE possessione fit controuersia, quoties de totius fundi statu per interdictum, hoc est iure ordinario litigatur. Hoc non est disciplinae nostrae iudicium, sed apud praesidem prouinciae agitur, et ex lege restituitur possessio cui *c* poterit adtinere. In his secundum locum habet disciplina nostra, sicut lex ait, NISI DE POSSESSIONIS STATV QVAESTIO FVERIT TERMINATA, NON LICET MENSORI PRAEIRE AD LOCA.

---

a F. beneficio. *b* F. quo. *c* F. patuerit.

Digitized by Google

DE alluuione obseruatio hæc est, si in occupatoriis agitur agris. quicquid uis aquæ abstulerit, repetitionem nemo habet. Quæ res necessitatem ripæ muniendæ iniungit. ita tamen *d* ut sine alterius damno quicquam fiat. Si uero in diuisa et assignata regione tractabitur, nihil amittet possessor, quoniam formis per centurias certus cuique modus adscriptus est. Circa Padum autem cum ageretur (quod [Goes. p. 57] flumen torrens et aliquando tam uiolentum decurrit, ut alueum mutet, et multorum latè agros trans ripam, ut ita dicam, transferat, sæpe etiam insulas efficiat) Cassius Longinus uir prudentissimus [iuris auctor] hoc statuit, ut quicquid aqua lambendo abstulerit, id possessor amittat. quoniam scilicet ripam suam sine alterius damno tueri debet. Si uerò maiore ui decurrens alueum mutasset, suum quisque modum agnosceret. quia non possessoris neglegentia, sed tempestatis uiolentia abreptum apparet. Si uerò insulam fecisset *a* à cuius agro fecisset id possideret, at si ex communi, quisque suum reciperet. Scio enim quibusdam regionibus cum assignarentur agri, adscriptum aliquid per centurias et flumini. Hoc autem prouidit auctor diuidendorum agrorum, ut quoties tempestas fluuium concitasset, non per regionem excedens alueum uagaretur, sed sine iniuria cuiusquam deflueret, si uero suis finibus curreret proximus quisque uteretur *b* mūm fluuium adscriptum. Nec rati iniquum, quoniam maiores imbres aliquando excedere aquam iubent ultra modum fluuium adscriptum, *et* proximos cuiusque uicini agros inundat. Hos tamen agros, id est hunc omnem modum qui flumini adscriptus est, *c* R. P. quibusdam uendidit. Hæ quæstiones maximè in Gallia togata mouentur, quæ multis contexta fluminibus immodicas Alpium niues in mare transmittit, et subitarum regelationum repentinas inundationes patitur. Aliquibus locis impetrauerunt possessores à præside prouinciæ, ut aliquam latitudinem flumini daret. Nam et in Italia Pisauro flumini latitudo est assignata eatenus quosque alluebat.

---

d F. uti ne alt.

a F. e. *b* F. Munere fluuii ut adscr. *c* Al. Populus Romanus.

Digitized by Google

DE Iure territorii controuersia est, cum quidam priuatorum, aut pomerium eius urbis priuatis operibus inuerecundè uult peruadere, aut cum arare et de locis publicis, hoc est ad ipsam urbem pertinentibus, *d* quidam priuato-[Goes. p. 58]rum usurpare tentauerit. Pomerium autem urbis est, quod ante muros spatium sub certa mensura dimissum est. Sed et aliquibus urbibus et intra muros simili modo est statutum, propter custodiam fundamentorum, quòd à priuatis operibus obtineri non oportebit. Hic locus est qui à publico nullo iure poterit amoueri. „HABET AV„TEM CONDITIONES DVAS: VNAM VRBANI SOLI, „ALTERAM AGRESTIS: AGRESTIS SOLI, QVOD „IN TVTELA REI VRBANAE ASSIGNATVM EST: „VRBANI, QVOD PVBLICIS OPERIBVS DATVM „EST AVT DESTINATVM. In tutelam rei urbanæ assignatæ sunt syluæ, de quibus ligna in reparationem publicorum mœnium traherentur. Hoc genus agri tutelatum dicitur. Nam aliquarum urbium maxima pars finium coloniæ est adtributa. Coloniæ sunt, quæ ex eo *a* nomine accipiuntur, quòd Romani in eisdem ciuitatibus colonos miserunt. Illarum ergo urbium maxima finium pars data est coloniis, quæ in remotiora loca, et longè à mari positæ uidebantur: ut numerus ciuium, quem multiplicare diuus Augustus conabatur, haberet spatia in quæ subsistere potuisset. Nam et „IN PICENO FERTVR *b* INTER MON„TIVM PRAECVTIANORVM QVANDAM PARTEM „OPPIDI ASCVLANORVM FINE CIRCVNDARI. „SED HOC CONCILIABVLVM FVISSE, ET PO„STEA FERTVR IN MVNICIPII IVS RELATVM. „NAM OMNIA ANTIQVA MVNICIPIA *non* HABENT „SVVM PRIVILEGIVM. Vt Tudertini qui apud principes egerunt ut Fanestres incolæ, si essent alienigenæ qui intra territorium incolerent, honoribus fungi in colonia non deberent. Sed Fanestres hoc postea impetrauerunt, ut eis liceret fungi honoribus. Territorii æquè iuris controuersia agitatur, quoties propter exigenda tributa de possessione litigatur: cùm

d F. Quidquam priuatim.

a F. Nomina accipiunt. *b* H. Interamnii. F. Interamnatium.

Digitized by Google

dicat una pars in sui eam fine territorii constitutam, et altera è contrario similiter quæret. Hæc autem controuersia territorialibus est finienda terminis. Nam inuenimus sæpe in publicis instrumentis significanter inscripta territoria: ut, EX *a* COLLEGIO QVOD APPELLATVR ILLORVM AD FLVMEN ILLVD, ET SVPER FLVMEN ILLVD, AD RIVVM ILLVM, AVT VIAM ILLAM, ET PER VIAM ILLAM, AD INFIMA MONTIS ILLIVS, QVI LOCVS APPELLATVR ILLE: ET INDE PER IVGVM MONTIS ILLIVS, IN SVMMO, ET PER SVMMVM MONTIS, PER DIVERGIA AQVAE, AD LOCVM QVI APPELLATVR ILLE: ET INDE DEORSVM VERSVS AD LOCVM ILLVM, ET INDE AD COMPITVM ILLIVS, ET INDE PER MONVMENTVM ILLIVS AD LOCVM ILLVM, unde primum cœpit scriptura *b* esse. Sæpe enim quorundam aut monumenta, aut fossæ, aut quorundam *c* sacellorum, aut fontium, unde riui flumináque incipiunt, obseruantur fines territoriorum. SI autem RATIONEM APPELLATIONIS HVIVS TRACTEMVS, „TERRITORIVM EST *d* QVICQVID HO„STIS TERRENDI CAVSA CONSTITVTVM EST.

DE iure subseciuorum subinde quæstiones mouentur. Subseciua autem ea dicuntur quæ assignari non potuerunt. Id est cum sit ager centuriatus *et* in loca culta diuisus, quae in *e* centurias erant, cum centuria expleri non potuit, subseciuum appellant. Hæc aliquando auctor diuisionis aut sibi reseruauit, aut aliquibus concessit, ut Rei P. aut priuatis personis, quæ subseciua quidam uendiderunt, quidam uectigalibus certo tempore locant. Inspectis igitur perscrutatisque omnibus conditionibus, inueniri poterit quid sequi debeamus. Nam Domitianus per totam Italiam subseciua possidentibus donauit: edictóque hoc uniuersis notum fecit. Leges itaque semper curiose legendæ interpretandæque erunt.

„DE LOCIS PVBLICIS SIVE POPVLI ROMANI, „SIVE COLONIARVM MVNICIPIORVMVE CON„TROVER-[Goes. p. 60]SIA EST, QVOTIES EA

a F. Colle illo, qui app. ille, tum ad. *b* F. Isse. *c* F. Scatebellarum. *d* F. Quo quid. *e* F. Centuriis supererant, et quodcunque cent.

Digitized by Google

„LOCA QVAE NEQVE ASSIGNATA, NEQVE VEN-„DITA FVERINT, AB ALIIS OBTINEBVNTVR, „ut subseciua concessa.' Multis enim locis comperi-„mus loca publica *a* reperiri, ut ex proximo in Sa-„binis in monte Mutela, qui nunc à priuatis operibus obtinetur. Nam et regione Reatina itidem sunt loca Reipublicæ. Loca autem quæ sint publica uideamus. Sunt syluæ, de quibus lignorum copia in lauacra publica ministranda cæduntur. Sunt et loca publica, quæ in pascuis sunt relicta quibuscunque ad urbem uenientibus peregrinis. Sunt in suburbanis loca publica, inopum destinata funeribus, quæ loca culinas appellant. Sunt et loca noxiorum pœnis destinata. Ex his locis cum sint suburbana, sine ulla religionis reuerentia, solent priuati aliquid usurpare, atque hortis suis applicare. Sunt autem loca publica uti coloniarum, ubi prius fuere conciliabula, et postea sunt in municipii ius relata. Sunt et alia loca publica, quæ præfecturæ appellantur..... Nam et pomeria urbium, de quibus iam superius suo loco disputauimus, publica loca esse noscuntur. Multis modis loca publica dici possunt: sed dum diuersis conditionibus constringuntur, non possunt nisi sua suis locis incedere. Nam et ubi uis aquæ aluei Tiberis populi Romani tantummodo insulam fecit, locus et publicus. syluæ sunt etiam iuxta hunc alueum suis circundatæ terminibus, quæ casalia *b* non utuntur.

„DE LOCIS RELICTIS ET EXTRACLVSIS „CONTROVERSIA EST IN AGRIS ASSIGNATIS. „RELICTA AVTEM EA LOCA SVNT, QUAE SIVE „INIQVITATE LOCORVM ASSIGNARI NEQVIVE-„RVNT, SIVE EX VOLVNTATE CONDITORIS, „[hoc est mensoris] RELICTA, LIMITES MINIME „ACCEPERVNT. Dicuntur et ea relicta loca quæ uis aquæ obtinuit. Hæc loca et insoluta uocantur, et iuris subseciuorum esse noscuntur. [Goes. p. 61] „Ex-„TRACLVSA LOCA SVNT AEQVE IVRIS SVBSE-„CIVORVM, QVAE VLTRA LIMITES, ET *a* VLTRA „FINITIMAM LINEAM ERVNT. FINITIMA AV-„TEM LINEA, AVT MENSVRALIS EST, AVT ALI-

a F. Obtineri. *b* Sc. nominantur.
a F. Iutra.

Digitized by Google

„QVA OBSERVATIONE, AVT TERMINORVM ORDINE SERVATVR. Ergo fines coloniæ inclusi *si* sunt montibus, propterea hæc loca quòd assignata non sint, Relicta appellantur, et Extraclusa, quòd extra limitum ordinationes sint, et tamen fine cludantur. Hæc plerunque proximi possesseres inuadunt, et opportunitate loci irritati agrum *b* obtinent, cum his controuersiæ à rebus publicis solent moueri.

„DE locis sacris et religiosis controuersiæ plurimæ iure ordinario finiuntur. Si enim loca sacra ædificabantur, quam maximè apud antiquos in confinio constituebantur, ubi trium uel quatuor possessionum terminatio conueniret: et unusquisque possessor donabat, certum modum sacro illi ex agro suo: et quantum donasset scripto *c* faciebat, ut per diem solennitatis eorum priuatorum agri, nullam molestiam inculcantis populi sustinerent: sed et si quid spatiosius cedebatur, sacerdotibus templi illius proficiebat. In Italia autem multi crescente religione sacratissima Christiana, lucos profanos siue templorum loca occupauerunt, et serunt: sed hoc ideo existimaui dicendum, ut magisterium suum si uult mensor ostendere, modum concessum fano illi demonstret. „LOCORVM „AVTEM RELIGIOSORVM SIMILIS EST CONDITIO. ET HIS NAMQVE SECVNDVM CAVTIONEM „MODVS RESTITVEBATVR antiquitus. Nam sanctum est plerunque, ut incorruptum, et à sanciendo sanctum dicitur. religiosum à religando mentes, ne malè agant homines, uel à relinquendo. Sacrum autem propriè Dei est: religiosum hominum. Profanum autem, quod dum sanctum fuisset, postea in usu hominum factum, hoc est extra fanum, extra sanctua-[Goes. p. 62]rium profanum dictum est. „MOESILEA uerò „HABENT IVRIS SVI HORTORVM MODVM CIRCVMIACENTEM, VEL PRAESCRIPTVM AGRI „FINEM. Nam lucos frequenter in trifinio et quadrifinio inuenimus, sicut in suburbanis et circa publica itinera constitutum esse perspicimus.

„DE aquæ pluuiæ transitu controuersia est in „QVA SI *a* COLLECTVS PLVVIALIS AQVAE

b F. Obtinent eum. His.
c F. Sanciebat.
a Al. Collectio.

Digitized by Google

„TRANSVERSVM SECANS FINEM *finem* ALTE-„RIVS FVNDI INFLVIT. Si aqua ex pluuia collecta riuum fecerit, per longinquitatem temporum, et ut solet *b* uideri, ripam ex utraque parte, *c* mediam secans, erexerit, et hoc intra fines alterius, dumque riuus ille limite includitur, possessor uicini agri calumniosè sibi uelit fines ad riuum usque defendere, non mediocris exinde controuersiæ genus exoritur, sed hoc mensoris est peritia finiendum.

„DE ITINERIBVS CONTROVERSIA EST, QVAE „IN ARCIFINIIS AGRIS IVRE ORDINARIO FI-„NITVR, IN ASSIGNATIS MENSVRARVM RA-„TIONE. SED MVLTI LIMITES EXIGENTE RA-„TIONE PER CLIVA ET CONFRAGOSA LOCA EVNT, „QVA ITER FIERI NON POTEST, ET SVNT IN „VSV AGRORVM IN EIS LOCIS, VBI PROXIMVS „POSSESSOR EST, CVIVS FORTE SYLVA LIMI-„TEM DETINET, ET TRANSITVM INVERECVNDE „DENEGAT, CVM ITINERI LIMITEM, AVT LO-„CVM LIMITI DEBEAT. Nam plerumque uia dum cum limite currit, etiam si uicinalis est, aut lignaria, aut priuata, finem praestat. regaminante uerò uia uel limite dum à se utrique discesserint, *an d* desit uia finem præstare, erit controuersia. Sed inspectio artificis eam finiet. Satis ut puto dilucidè genera controuersiarum, uel*ut* primùm agri qualitatem exposui. Nam et simplicius enarrare conditiones earum *necessarium discentibus* existimaui, quo [Goes.-p. 63] facilius ad intellectum peruenirent. Nunc quemadmodum singula pertractari debeant persequendum est: uel *uti* quot sint status eorum, id est iniectiuus, expositiuus, subiectiuus, recuperatiuus, assumptiuus, initialis, materialis, effectiuus. Sunt enim VIII. ex his omne genus controuersiarum exoritur. Iniectiuus ergo status est generalis. nam siue de possessione, siue de fine controuersia nascatur, per hoc repetitio iusta iniustáque iniicitur. Expositiuus est status controuersiæ, quoties finitimorum argumentorum caret demonstratione, et partium magis exigit narrationem, per quam exponendum sit, quo sint genere terminandæ, aut persuadendum iudici, etiam si loci natura finitimam exhi-

b F. Fieri. *c* F. Medium. *d* F. Desiit.

Digitized by Google

beat similitudinem. Subiectiuus status est controuersiæ, cum relinquitur status generalis, et alio quolibet statu controuersia defenditur. Recuperatiuus est status, quoties non à trifinio, aut quadrifinio, sed ex quolibet alio finis loco incipientis termini recturam dirigit, et per incessum definitionis loca quædam alteri fundo adquirit, aut solum auferet, et *aliud* eius loco redditur. Assumptiuus primæ controuersiæ status est, qui est de positione terminorum, in rigorem aut in finem transcendit. Initialis controuersiæ status de rigore pertinens ad materiam, transcendit in controuersiam, quæ est loco tertio: de fine status materialis speciem non conditionem mutat, neque materiam efficit. Materialis status est, ex quo omnes controuersiæ incipiunt de loco duntaxat. nam transcendentiam non habet de hoc effectiuus, sed dum consummatus fuerit nascitur. Nam effectiuus est, cum de loco litigatur, et idoneas partes ad litigium aduocationes instituunt. Respicio etenim quantum sit quod mensoris prouidentiæ iniungatur. Sed nec minus aduocatis, quorum ars licet diuersa sit, prudentiam tamen et simplicitatem eandem habere debent et qui iudi-[Goes. p. 64]caturi sunt, et qui aduocationes sunt præstaturi. In iudicando autem mensor bonus uir et iustus agere debet, nulla ambitione aut sordibus moueri, seruare opinionem, et arte et moribus omnis illi artificii ueritas custodienda est, exclusis illis similitudinibus quæ falsæ pro ueris subiiciuntur. Quidam enim per imperitiam, quidam per imprudentiam peccant. Totum autem hoc iudicandi officium hominem bonum, iustum, sobrium, castum, modestum et artificem egregium exigit. Hoc autem possessores æquo animo ferre non possunt. Nam cum his ueritas exposita fuerit, adnersus sinceritatem artis facere cogunt. Multa sunt enim in professione quæ generaliter pro ueris obseruantur, multa quæ specialiter, quædam quæ argumentaliter, quædam coniecturaliter etiam meriri artifices coguntur.

Digitized by Google

[Goes. p. 65] AGGENI VRBICI COMMENT. DE CONTROVERSIIS AGRORVM.

Pars Altera.

* * * * * * * *

* * * * * * *

DE MODO.

**Cvm per omnium Augustinorum iugerum hæc in *a* discrimine euenerunt, omnia supradicta conuenienter habere debent, ut illa sit quæ secundum formam proponitur. *b* Memini in prouinciis *is* modus aliquo*ties* possidetur, ab alio ne quidem simplex. Quemadmodum autem fieri soleat tractare non alienum iudico. potest enim fieri ut illa mille iugera secundum ordinationem sermonis à luco *Feroniæ* quidem incipiant, et in diuersam regionem *incidere uideantur*. quod falsum manifesto apparet demonstratione. Sed imperitis obscurissimum est dinoscere an secundum formam regio conueniat præsens, *c* itaque diffuse regiones pateant, et argumentis aut arborum aut aliarum rerum careant, sicut in Africa ubi spatiositas et inundatio-camporum eiusmodi controuersias facillimè in errorem deducit. Quod si eadem mille iugera in eodem sane loco *d* formam dictat, co*ad*hibitis angulis, nihil deest in re præsenti *si* minoribus lineamentis deformetur: at *si* modum non expleant, sequitur falsum futurum, quando nihil amplius demonstratione formæ quam locus conueniat [et] specie disconueniente. Velut *si* ad proce*dentem lineam* adscripta *conueniant*, modus au-[Goes. p. 66]tem disconueniat. Aut si in eodem loco uelit eadem mille iugera aliis lineamentis describere, conuenient quidem mille iugera, et ad lucum Feroniæ esse conueniet, sed specie disconueniente inter peritos manifestè falsum apparebit. Memineram et superius ut aliquid uerum

---

a F. discrimen deuenerint. *b* F. Nonnemini. *c* F. quia. *d* F. forma.

Digitized by Google

adprobari possit, minimè ei quicquam falsi posse interuenire. Nam et hæc *a* expositio declarat quamuis duæ consentiant partes, ab una dissentiente uincantur. neque uerum esse possit, nisi illis quoque tertia pars illa consenserit. Conuenire autem omni homini restitutione formarum omnia debent, ut secundum signa in formis nominata locus quicunque erat restituatur, aut artificio signorum loca requirantur. Si erunt (ut frequenter euenit) turbata, docere nos angulorum positiones poterunt. Sic erit ut et artis sinceritas seruetur, et ordo ueteris adsignationis non prætermittatur.

DE PROPRIETATE.

Controuersia est status effectiui. efficitur enim ex omnibus antedictis controuersiis, sed quarum status in hac propositione inriti habentur, *ut* dixi et supra. De proprietate agitur plurimum iure ordinario. neque enim hic mensuræ interuentus, nisi cum quæritur quatenus *b* agatur. Proprietas uno genere uindicatur ea. Sunt pleruinque agri ut in Campania in Sinuessano culti qui habent in monte Marico plagas siluarum determinatas, quarum siluarum proprietas ad quos pertinere debeat *c* uindicatur. Nam et formæ antiquæ declarant ita esse adsignatum, quoniam solo culto *non*nihil fuit siluestre iunctum quod adsignaretur. Relicta sunt et multa loca quæ ueteranis data non sunt. Hæc uariis appellationibus per regiones nominantur. in Etruria communalia uocantur, quibusdam prouinciis, [Goes. p. 67] proindiuiso. Hæc ferè pascua certis personis data sunt depascenda tunc cum agri adsignati sunt. Hæc pascua multi per potentiam inuaserunt et colunt, et de eorum proprietate solet ius ordinarium moueri, non sine interuentu mensurarum, quoniam demonstrandum est quatenus sit adsignatus ager. Nam per emptiones quasdam solet proprietas *a* quarundam possessionum ad personas pertinere, quæ iure magis ordinario quam mensuris explicantur. Nunc ut ad publicas personas respiciamus, Coloniæ quoque

---

a F. propositio. *b* F. flagitatur proprietas. V. *c* F. indicatur.

a F. earundem.

Digitized by Google

loca quædam habent adsignata in alienis finibus, quæ [loca] solemus præfecturas appellare. Harum præfecturarum proprietas manifestè ad colonos pertinet, non ad eos quorum fines sunt diminuti. Solent et priuilegia quædam habere beneficio principum, ut longè et remotis locis saltus quosdam reditus causa acceperint; quorum proprietas indubitate ad eos pertinet, quib. est assignatum. Alia beneficia etiam quædam municipia acceperunt, et priuatæ personæ, quæ de principibus illis temporibus bene meruerunt. In hac controuersia plus potestatis habet ius ordinarium quam ars mensoria. Ab eo enim statu lis incipit, ut de proprietate agatur, non de loco. Mensura autem nihil amplius quam secundum formam locum declarat. In hac autem controuersia ars mensurarum locum secundum habet, quoniam prius alii uacandum est, quam agenda sit mensura.

DE POSSESSIONE.

Controuersia est status effectiui, quoniam primum possessio tempore efficit. Deinde ut ad solum respiciamus, omnes antedictas controuersias capit. si enim solum cogitemus ut legitima possessio impleri possit, indubitate locus definiatur necesse est. Et de hac controuersia plurimum [Goes. p. 68] interdicti formula litigatur, de quo et in superiore parte meminimus. ideoque non puto eam iterum retractandam.

DE SVBSICIVIS.

Controuersia est status effectiui, quoniam subsiciua nominari aut sentiri sine quadam loci latitudine aut modo non possunt. ideoque manifestè apparet supradictarum controuersiarum status in *his habere* locum. Subsiciuorum autem genera sunt duo. unum quod extremis adsignatorum agrorum finibus centuriam non explet. aliud etiam integris centuriis interuenit, de quo maxime controuersiæ agitantur. Cum autem adsignatio in agro adsignato fieret, *a* non potuit omnis modus intra quatuor limites ueteranis adsignari, in ea

a F. nec.

Digitized by Google

remansit aliquid quod à subsecante linea nomen accepit subsiciuum. In his subsiciuis quidam iterum miserunt quibus agri assignarentur. Quidam et subsiciua colonîis concesserunt. ideoque semper hoc genus controuersiæ à rebus publicis exercetur. Per longum enim tempus adtigui possessores uacantia loca, quasi inuitante loci oportunitate inuaserunt, et per longum tempus impune commaluerunt. Horum subsiciuorum multæ resp. etsi sero mensuram repetierint, non minimum ærario publico contulerunt. In Italia pecuniam etiam quarundam coloniarum Imp. Vespasianus exegit, quæ non habuerunt subsiciua concessa. Non enim fieri poterat, ut solum illud, quod nemini erat adsignatum, alterius esse posset, quam qui poterat adsignare. Non autem exiguum pecuniæ fisco contulit uenditis subsiciuis. Sed postquam legationum miseratione commotus est, quia quassabatur uniuersus Italiæ possessor, intermisit, non concessit. AEquè et Titus Imp. aliqua subsiciua in Italia recollegit. Præstantissimus postea [Goes. p. 69] Domitianus ad hoc beneficium procurrit, et uno edicto totius Italiæ metum liberauit. Hæc controuersia nunquam à priuatis exercetur.

DE ALLVVIONE.

Controuersia est status effectiui, efficitur enim subinde, et per tempora mutatur. In hac controuersia plurimum sibi uindicat ius ordinarium, agitur enim de eo solo quod alluat flumen. Et subtiles introducuntur quæstiones. an ad eum pertinere debeat cui in alterutra ripa recedente aqua solum creuit, *an* hic qui aliquid agri sui desiderat, transire, et possidere illa debeat quæ flumen reliquit. nisi quod illud subtilissimè profertur, *a* cuius solum amisit, non statim transire in alteram ripam, sed abductum *b* esset elotum. Et illud contra, uicinum longè dissimilem agrum habere, quod hic fortè cultum et pingue solum amiserit, apud illum autem harenæ, lapides et limus alluuio inuectum remanserit. Illud præterea, quem finem illis semper aqua fecerit, et nunc quoque facere debeat. Sunt et multa de quibus subtiliter tractatur.

a F. quod quis sol. *b* F. esse et elot.

Digitized by Google

Sed nec uno tantum genere per alluuionem flumina possessoribus iniurias faciunt, sicut Padus relicto alueo suo per cuiuslibet fundum medium irrumpit et facit insulam inter nouum et ueterem alueum. Item de hac re tractatur, ad quem pertinere debeat illud quod reliquerit, *c* cuius iniuriam proximus possessor non mediocrem patiatur, per cuius solum amnis publicus præfluat? nisi quod iurisperiti aliter interpretantur, et negant illud solum quod [solum] Populi R. esse cœpit, ullo modo usucapi à quoquam mortalium posse. et est uerissimile. Ita neuter possessor excedere finem illum ueteris aquæ ullo iure potest aut debet. Hæ quæstiones maximè [Goes. p. 70] in Gallia togata mouentur, quæ multis contexta fluminibus immodicas Alpium niues in mare transmittit, et subitarum regelationum repentina inundatione patitur iniurias. Quæritur tamen qualia, quanta*ue* sint flumina in quibus alluuio obseruari debeat. . . . Nam et iure continetur, ne quis ripam suam cum iniuria uicini munire uelit. Multa flumina et non mediocria in adsignationem mensuræ antiquæ ceciderunt. Nam et deductarum coloniarum formæ ita dic*t*ant, ut multis fluminibus nulla latitudo sit relicta. Sequitur in his fluminibus artem mensoriam aliquem locum sibi uindicare, quando ex acto limite accepta finiatur, quæ uel aquam uel agrum uel utrumque habere debeat. *a* unus fuit enim fortasse tunc ratio non simplex, qua deberet quisque deductorum etiam *a*quam accipere. Primum quod exiguitas agrorum conditorem ita suadebat: deinde non erat ingratum possessori proximum esse aquæ commodo: tertio quod si sors ita tulerat æquo animo ferendum habeat. In his agris exigitur ferè mensura secundum *b* postulationem eius formarumque quo pertica cecidit *et quatenus* acceptæ designantur. Videamus an inter mensores et iurisperitos esse de hoc quæstio debeat, cursum *fluminis* an *c* pretium etiam si qua usque potuit ueteranis est adsignatum scio in Lusitania finibus Emeritensium non exiguum per mediam coloniæ perticam pro flumine

---

c Vide not.

a F. Huius. *b* F. postulationem formarum eousque quo. *c* An perticam sequi usque decuit ueteranis. Et ads.

Digitized by Google

Ana, circa quod agri sunt adsignati quousque tunc solum utile uisum est. Propter magnitudinem enim agrorum ueteranos circa extremum ferè finem uelut terminos disposuit, paucissimos circa coloniam et circa flumina, reliquum ita remanserat, ut postea replerentur. Nihilominus et secunda et tertia postea facta est adsignatio, nec tamen agrorum modus diuisione uinci potuit, sed superfuit inadsignatus. In his agris cum subsiciua requirerentur, impetrauerunt possessores à [Goes. p. 71] præside prouinciæ eius ut aliquam latitudinem et flumini daret. quoniam *quum* subsiciua, quæ quis occupauerat, redimere cogebatur, iniquum iudicatum est, ut quispiam emeret sterilia, aut quæ amnis publicus alluebat. Modus itaque flumini est constitutus. Hoc exempli causa referendum existimaui, nam et in Italia Pisauro flumini latitudo adsignata est eatenus quousque allambebat.

DE IVRE TERRITORII.

Controuersia est status iniectiui, iniicitur enim solo quædam controuersia, personarum præcipuè. Quidquid est illud de quo agitur aut locus aut modus, generalem statum iure ordinario trahit, etiamsi multis locis mensurarum exigat interuentum. Hæc tamen controuersia non tantum inter respub. sed et inter remp. et priuatos exercetur, nec tantum iure ordinario, sed et arte mensoria componitur. Inter resp. autem controuersiæ eius generis mouentur, ut quidam sui territorii *aut* iuris esse dicant, quamuis sint intra alienos fines. munificentiam quoque coloniæ aut municipio ex his locis deberi defendant. Sed et quædam coloniæ aut beneficio conditorum perceperunt, ut Tudertini, aut postea apud principes egerunt, ut Fanestres, ut incolæ etiamsi essent alienigenæ qui intra territorium colerent, honoribus fungi in colonia deberent. Hoc Fanestres nuper impetrauerunt, Tudertini autem beneficio habent conditoris. Inter resp. et priuatos non facilè tales in Italia controuersiæ mouentur, sed frequenter in prouinciis, præcipuè in Africa ubi saltus non minores habent priuati quam Respublicæ territoria. Quinimo multi saltus longè maiores sunt territoriis. Habent autem in saltibus

Digitized by Google

priuati non exiguum populum, amplos etiam uicos circa uillam in mo-[Goes. p. 72]dum municipiorum. Respublicæ controuersias de iure territorii solent mouere, quod aut indicere munera dicant oportere in ea parte soli, aut legere tironem ex uico, aut uecturas aut copias deuehendas indicere, et aliquando ex quadam parte soli, quamuis alium statum generalem controuersiæ accipere debeant, quæ de loco non exiguo mouentur. Res tamen publicæ cum priuatis si agunt, quasi iure territorii solent uindicare, et hunc statum generalem constituunt eis locis, quæ [loca] Rebuspublicis adserere conantur. Eiusmodi lites non tantum cum priuatis hominibus habent, sed et plerumque cum Cæsare, qui in prouincia non exiguum possidet. Non est dubium necessarias esse mensuras in eiusmodi controuersia, quamuis alio nomine appellatur, *si* Locorum nimirum facit quæstionem.

DE LOCIS PVBLICIS.

Controuersia æque est status iniectiui, Sunt autem loca publica complura, sed ex his quædam loca priuatam exigunt defensionem, et quamuis hæc loca diuersis appellationibus contineantur, unam tamen habent controuersiam conditionis. Sunt autem loca publica hæc quæ inscribuntur, ut SILVAE ET PASCVA PVBLICA AVGVSTINORVM. Hæc uidentur hominibus data quæ etiam uendere possunt. Est alia inscriptio qua diuersa significatio uidetur esse in quo loco inscribitur, SILVA ET PASCVA AVT FVNDVS SEPTICIANVS COLONIAE AVGVSTAE CONCORDIAE, hæc inscriptio uidetur ad personam coloniæ ipsius pertinere quæ nullo modo abalienari possunt à Repub. Vt si quid in tutelam aut templorum publicorum aut balnearum adiungitur. Habent et respublicæ loca suburbana inopum funeribus destinata; quæ loca culinas appel-[Goes. p. 73]lant: habent et loca noxiorum pœnis destinata. Ex his locis cum sint suburbana, sine ulla religionis reuerentia solent priuati aliquid usurpare et hortis suis applicare. De his locis si Resp. formas habet cum controuersia mota est, ad modum locum *mensor* restituit: sin autem, utitur testimoniis et quibuscunque potest argumentis.

Digitized by Google

DE LOCIS RELICTIS ET EXTRACLVSIS.

Controuersia est status iniectiui, manifestum est enim de loco agi, sed per aliam personam. Loca autem relicta et extraclusa non sunt nisi in finibus coloniarum, ubi assignatio *non* peruenit, *sed* usque qua *a* cultum fuit, quatenus*ue* ordinatio centuriarum intermissa finitur. Vltra autem siluestria ferè fuerunt et iuga quædam montium, quæ uisa sunt finem coloniæ non sine magno argumento facere posse. Ergo fines coloniæ inclusi sunt montibus: propter quod hæc loca quæ adsignata non sunt, relicta appellantur; extraclusa, quod extra limitum ordinationem sunt, et tamen fine cludantur. Hæc plerunque proximi possessores inuadunt, et oportunitate loci *b* inuitati agrum obtinent. cum his controuersiæ à rebus pub. solent moueri.

DE LOCIS SACRIS ET RELIGIOSIS.

Controuersia est status æque iniectiui, agitur enim de locis. sed cum aut sacra aut religiosa nominentur, statum generalem à iure ordinario accipiunt. Primum enim quæritur an ea loca ullo modo usucapi possint: deinde, qualenus possint, secundum locum habent mensuræ. Locorum autem sacrorum secundum legem Populi Romani magna religio et custodia haberi debet. Nihil enim [Goes. p. 74] magis in mandatis etiam legati prouinciarum accipere solent, quam ut hæc loca quæ sacra sunt custodiantur. Hoc facilius in prouinciis seruatur. in Italia autem densitas possessorum multum improbè facit et lucos sacros occupant, quorum solum indubitatè Populi Romani est, etiamsi in finibus coloniarum aut municipiorum. De his solet quæstio non exigua moueri, inter *a* P. R. et priuatos. Sed et inter respublicas frequenter huiusmodi *b* sententia agitatur de his locis in quibus conuentus fiunt maiores, et aliquod genus uectigalis exigitur. Nam et de rebus sacris quæ constitutæ sunt in agris *priuatis* mutata tantum persona similes oriuntur quæstiones. sicut in Africa inter Adrumetinos et Tysdri-

a al. clusum. *b* al. inritati.
a al. R. Pub. *b* F. dissidentia.

Digitized by Google

tanos de æde Mineruæ, de qua iam multis annis litigant. Sunt et loca sacra, quæ reuera priuatis finibus P. R. coli debent. hæc plerumque interuentu longæ obliuionis à priuatis obtinentur, quamquam in tabulariis formæ earum plurimæ extent. Hæc maximè aut in loco urbis aut suburbanis locis à priuatis detinentur.

DE AQVA PLVVIA ARCENDA.

Controuersia est status iniectiui, per quodcunque enim solum transit. ad ius ordinarium magis respicit conditio eius quam ad mensuras. Nisi si per extremitatem finis uadat. Propter quod statum generalem uel etiam alium accersire debet, et quasi geminatione quadam defendi, quod et per finem eat, et sit lis de pluuia arcenda. Hæc controuersia per regiones uariis generibus exercetur, sed quasi ad eandem respicit conditionem. In Italia au*tem et* quibusdam prouinciis, non exigua est iniuria si in alienum agrum aquam immittas, in prouincia autem Africa, si transire non patiaris. Eiusdem conditionis est controuer-[Goes. p. 75]sia de cloacis ducendis et fossis cæcis. quod totum, nisi per finem agatur, ad ius ordinarium pertinet.

DE ITINERIBVS.

Controuersia est status iniectiui. iniicitur enim loco quæstio et defenditur populo quod fortè à priuatis possidetur. Hæc quæstio multipliciter tractatur. nam in agris centuriatis excipitur limitum latitudo causa itineris, sed cum illi recturas suas per qualiacunque loca extendant, hoc est, quâ ratio dictauit per deuia et montuosa *eunt* qua iter nullo modo fieri potest, quæ loca fortasse possessoribus siluæ causa sunt utilia. Horum loco non iniquè per quæ possunt loca commodiora iter commutant. nam quæ sit conditio itinerum non exigua iuris tractatio est. agitur enim utrúmne actus sit iter an ambitus. per quæ loca quid liceat populo iure continetur. Satis ut puto dilucidè genera controuersiarum exposui. Nam et simplicius enarrare conditiones earum existimaui quo facilius ad intellectum *a* pertinerent. Nunc quemadmodum singula

a F. peruenirent.

Digitized by Google

pertractari debeant persequendum est. Respicio enim quantum quod mensori iniungatur. et puto diligentius exequenda quæ ad prouidentiam pertinent [nunc] artificis. difficillimus autem locus hic est, quod mensori iudicandum est. Sed nec minus ille exactus, quod est aduocatio præstanda, quanquam diuersa sint et longè inter se discernere debeant. prudentiam tamen eandem artifices habere debent, et qui iudicaturi sunt, et qui aduocationes sunt præstaturi.

[Goes. p. 76] LIBER SIMPLICI.

NON prætermittimus nominata sententia condicionibus possessionum. prima enim condicio possidendi hæc est per Italiam, ubi nullus *a* aiugerum tributarius, sed aut colonicus, aut municipalis, aut alicuius castelli, aut conciliabuli, aut saltus priuati. *b* ac si ad prouincias respiciamus, habent agros colonicos quidem *c* iuris habent et colonicos stipendiarii qui sunt in communem habentem, et colonis stipendiarios. habent autem prouinciæ et municipales agros, aut ciuitatium peregrinarum, et stipendiarios, qui nexum non habent, neque *d* possidendi ab alio quam possident possidente tamen à priuatis sed alia condicione *e* eueniunt. sed nec mancipatio eorum legitima potest esse. possidere enim illis quasi fructus tollendi causa et præstandi tributi condicio concessa est. uindicant tamen inter se non minus fines ex æquo ac si priuatorum agrorum. etenim *f* simele est debere eos *g* desertum finem habere, quo unusquisque aut colere se sciat oportere, aut ille quo iure possidet, possidere. Nam et controuersias inter se tales mouent, quales in agris immunibus et priuatis solent euenire. Videbimus tamen an interdicere quis possit, hoc est, ad interdictum prouocare de eiusmodi possessionem. Multa enim et uaria incidunt, quæ ad ius ordinarium pertinent per

a F. agrorum. *b* F. At. *c* F. iuris sui, habent et colonicos stipendiarii. Stipendiarii qui sunt in commune rem habent inter colonos stip. *d* F. possidentis abalienatio quum possident, possidentur tamen. *e* F. non ueneunt. *f* F. uerisimile. *g* F. direptum.

Digitized by Google

prouinciarum diuersitatem. Nam cum in Italia ad *h* aquæ pluuiam arcendam controuersia non minima concitetur, diuersè in Africa ex eadem re tractatur, *i* quam sit enim regio aridissima nihil magis in querela habet, quam si quis inhibuerit aquam pluuiam in suum influere. Nam et aggeres faciunt, excipiunt, et continent eam, ut ibi potius consumatur, quam *k* adfluat. In omnibus his tamen agris superius nominatis, quot genera controuersiarum exerceantur, tractare incipiamus. Nam et qualia sint, et quot status habeant generales, diligenter intueri debemus. Etenim ad artificium defendendi plurimum proderit, si persecuti *a* huius omnis diligentia fuerimus. Non enim aquilibet parte adgrediendum est in controuersiam: sed dispiciendum *b* quid postulationi absoluti proxima sit, ne *c* in publicationem aliquam et iudicem impediamus, et controuersiam faciamus obscuriorem. Nihil puto deformius esse, quam *si* de eiusmodi causis imperiti secundum locorum naturam *non* moueant causas. si uero in alio loco terminus translatus est, usurpandi finis *d* causam, nunquam non utique locum designauit. Non enim cito quisquam propter exiguam partem terminum mouet. Erit in prouidentia mensoris secundum angulorum finitimorum *e* possessionum arbitrari in quantum sit terminus translatus et qua ratione *f* sed in locum suum restituendus facillimum est *g* imperitia artifici. alia uerentur non putant rationi inesse ordinem. Nam et frequenter euenit, ut imperitia mensorum, an audacia, possessionibus præbeat, *h* nunquam non concurrentium inter se finium anguli non tantum recti, uerum etiam hebetes aut acuti habeant aliquam rationem, in qua si non dissimulemus, facile quod imperiti turbauerunt, artificio restituemus. hæc controuersia moti termini *i* nullus in se aliæ controuersiæ statum recipit. est enim anticipalis, et quasi *k* commune quædam litium declarans aut loci aut modi *l* futura controuersia.

---

h F. aquam. *i* F. quum. *k* F. abfluat.
a F. hoc ius omni dil. *b* F. quæ. *c* F. implicatione aliqua. *d* causa. *e* F. positionem. *f* sit. Arc. *g* F. cum peritia. *h* F. negotium. *i* F. multum. *k* communio. Arc. *l* F. futuras controuersias.

Digitized by Google

De rigore controuersia est status initialis pertinentis ad *m* malcriam operis, nec sine prioris controuersiæ comparatione. Nam cum de rigore agatur, potest fieri, ut ante motus sit terminus. Ideoque hæc secunda controuersia prioris quoque controuersiæ capax apparet. quanquam et [Goes. p. 78] sine prioris controuersiæ interuentu priuatim de rigore controuersia suscitari possit. Nec enim omnibus locis agrorum aut capientibus aut non capientibus termini ponuntur, *a* referent in quo agro agatur, si limitatus est, *b* aut ordo limites ordinari desideratur, aut subrunciui aut linearis aut interiectiui rigoris incessus. *c* ac si in agro arcifinio *d* sint, qui nulla mensura continetur, sed finitur aut montibus aut uiis, aut aquarum deuergiis, aut notabilibus locorum maturis, aut arboribus, quas finium causa agricolæ relinquunt, et antemissas appellant, aut fossis, aut quodam culturæ discrimine agetur, cum [enim] loci sit tanta iniquitas, *e* sed aut prærupta aut abrupta, quæ aut ruere aut minui possent, uetus consuetudo est *f* terminus relatis pedibus in solido agro ponere. quanquam non erat necessarium cum ipsa loci natura talis esset, ut neque inferiorem uicinum admitteret in partem superiorem, neque superiori descensum ullo modo præberet. *g* sed licentia agricolæ propter impudentiam uicinorum consuetudinem *h* persecutus, credunt nisi ita *i* fidauerint agros, ut etiam *k* aliquod extra mensurarum ordinem faciant. In superciliis autem maioribus non *l* defuerit qui ita finem præstari uellent, ut quatenus attingere unusquisque possessor *m* possideat in usu possidere, uidebimus an aliquam rationem sint secuti, cum sit *n* totum supercilium superioris agri fundamentum, nec si subruatur, possit sine iniuria superioris fieri. ideoque magis certior ratio illa uidetur, ut fundamento tenus in agro arcifinio possessio seruari debeat, si termini desint. frequenter inter se possessores propter

---

m F. incuriam.
a F. referet. *b* F. ut ordo limitis ordinati des. *c* at. Arc. *d* F. siue. *e* F. scil. *f* terminos Arc. *g* F. sed diligentia. *h* F. persecuti minus cr. *i* F. fundauerint. *k* F. aliquid, quod. *l* F. defuerunt. *m* F. possit, id usque possideret. *n* totum Arc.

Digitized by Google

loci difficultatem totum supercilium *o* quod augentur ipsa subiacet, inferioribus cesserunt, et contenti fuerunt terminos per summum iugum disponere nullam secuti rationem. Hæc tamen si occurrunt, non quasi noua intueri debebimus. plurimis dein-[Goes. p. 79]de locis terminos sacrificales non in fine ponunt sed ubi illud sacrificii potius oportunitas suadet, hoc est, loci commoditas, in quo sacrificium abuti commode possint. hos terminos non statim finitimos obseruare debebimus, etiamsi non longe à fine positi fuerint. frequenter enim uiæ finiunt, iuxta quas arbores solent esse *a* lætiores, sub quas defigere terminos sacrificii causa possessores consueuerunt. uerum tamen multi non tantum sacrificii sequuntur consuetudinem, sed etiam rationem, et ipso fine defigunt, propter quod adimi fides sacrificalibus palis in totum non debet *nec* haberi.

b Ordinem legis Maniliæ excessum plurimum, præcipuæ *c* magis archifiniis, sed nec minus inadsignatis. cuius enim loci modum nulla forma præscribit, et controuersia oritur *d* nulla, alio statum ad litem deduci debet, quod ut de loco agatur. solent quidem per imprudentiam mensores arbitros conscribere aut sortiri iudices finium regundorum causa, quando in re præsenti plus quidem, quam de finium regundorum agatur, *e* si fit ut possent iam inritum sit rescindi *f* possit, quod aut iudex aut arbiter pronuntiauerint, neque ullum commissum faciat, qui *g* sententia non sit secutus, quando de alia re *h* iudicum aut arbitrum sumpserint. de hoc loco si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet dum cetera ex interdicto diligenter peraguntur. Magna enim *i* alia est litem ad interdictum deducere, cuius est exsecutio perplexissima. si uero *k* possio minus firma est mutata formula iure Quiritium peti debet proprietas loci. Iudicari præterea si locus de quo agitur, aut terminis, aut arboribus, aut aliquo argumento finem aliquem agri declaret; et *à* continuatione soli, quasi quibus-

o F. qua augetur ipsis subiacentibus, inferioribusue cess. *a* latiores. Arc. *b* F. Ordiemur. *c* F. in agris arcifin. *d* F. nullo alio statu a. l. d. d. quam ut. *e* F. sic fit ut passim iam. *f* F. possitque quod. *g* sententiam. *h* iudicem. Arc. *i* alea. Arc. *k* F. possessio.

Digitized by Google

dam argumentis eximatur *ne*. Præterea nos illud etiam tractare debemus, si arbores finitimas habet, et Io-[Goes. p. 80]cus est fere siluester, quo in genere est possessio minus firma, *an* decernatur *a* ideo; quod si silua cædua sit post quintum annum partes sumere petatur. qui autem appellant arbores notatas, scire debemus in ingonia regionis qui clauicatas uocant, quas fines declarandi causa, denotantur in Brittiis, alii in Piceno siti, agitat, in aliis regionibus insignis aut notas. si uerò pascua sit, et dum hæc loca pene solitudine derelicta multo *b* minorum possessionis habent fidem. propter quod minime de his locis ad interdictum iri debet. de quibus autem locis ad interdictum ire possunt *sunt* fere culta, quæ possessionem breuioris temporis testimonio adipiscuntur, aut *c* arbor aut uineæ, aut prata, aut alint aliquod genus cultum. Hæc tamen cum in demonstratione *d* ablegabuntur etiamsi partes *e* quadam proximæ et iniacentis culturæ fuerint, *f* propria non erint satis illa sua generis agro adsignare, sed circuire oportebit totum *g* fundum, finem et ita obligare ne de monstratione *h* neglegenter soluta appareat. De modo controuersia status *est* effectiui ante enim locus est tibi, quam modus nominetur, æque recipiens antedictarum controuersiarum omnes status: sed ut superius significaui, irritus et non necessarius. Hæc controuersia frequenter in agris adsignatis exercetur. agitur enim ut secundum acceptam eius *i* æterni, qui in illud solum deductus est modus restituatur, aut si quando præscriptus est lege aliqua agri modus. *k* quæ autem in adsignato agro secundum formam modus spectetur, *l* solet tempus inspici et agriculturæ, si iam excessit memoriam abalienationis solet iuris formula non silenter interuenire et inhibere mensores *m* et alii controuersiæ concipiat *n* neque quietem tam longæ possessionis *o* inrepere, nisi et memoria sit recens, et iam modus secundum centuriam conueniat, et loci natura inretetur, et cultura nihil impediet, [Goes.

---

a F. uindicatio q. *b* minorem. Arc. *c* F. arboreta. *d* F. allegab. *e* quædam. Arc. *f* F. propterea non erit satis illas sui g. *g* F. fundorum. *h* F. negligenti. *i* F. æris ei q. *k* F. Quum. *l* F. Solet et t. i. a. *m* F. se tali c. *n* ne queant q. *o* F. interrumpere. Si et m.

Digitized by Google

p. 81] secundum formas *a* nec est inritum decernere. lex est modo petitis definita præscribit, cum antequam mensura agri agatur, modus ex forma pronuntiatus cum loco conueniat. Hoc in agris adsignatis euenit. Nam si aliqua lege uenditionis exceptus sit modus, neque adhuc in mensuram redactus, non ideo fide carere debebit, si non demunstratio eius in agro non ante finiri potuerit, quam de sententia *b* locutus sit, designatus. *c* Dragma. In hac controuersia quod inter priuatos tractatur, *d* nam inter res *e* precas non mediocriter eiusmodi controuersia solet exerceri quam frequenter coloniæ habent cum colonis, aut municipiis, aut saltibus cæsaris, aut priuatis, *f* non et supradictæ controuersiæ omnes euenire, et rebus publicis possunt. Nec enim referri cuius *g* sint solum, aut cuius iuris ad mouendam controuersiam. tunc autem habent differentia prius alii adigent, tractatur. obseruari in hac controuersia *h* mensore debebit in eis, dum in similitudinem dissimile illorum ueniat. quoniam nulla potest ueritas adprobari, si illi quid uel exiguum falsi interueniat, ueritas *nunquam* non habere debet suam similitudinem per omnia momenta. falsum si quid est multa uarietate confunditur, et habet in se quibus formam *i* redigit, cuius modus in crimine *k* deside, pars triplici adtestatione firmatur. habere enim debet in se primò locum, deinde modum, deinde speciem. ut si *l* inter agatur aurum præca et cæsarum instrumentis fouet ueteribus continebatur, ut solet; *m* adiuratione falsa ueris dissimilia *n* sint, sed *o* persuasiones similia fiant, hoc est falsa *p* probaueris adprobentur. in comparatione tamen hoc interest, quod falsa persuadendo adprobentur *pro* ueris, *q* qua adprobatio in promptu est. et *r* quod ad modo in prima acie fertur, falsis *s* latentius. hoc uero adprobetur, ita ut si parare quis uelit homines probationem et statuam, [Goes. p. 82] et cum autem homi-

---

a F. non. *b* F. locus. *c* F. Diagramma. *d* F. etiam. *e* F. publicas. *f* F. nam. *g* sit. Arc. *h* F. mensura debebit lineis, dum ne in *s*. *i* F. redarguit. *k* F. resident. Veritas tr. *l* F. interrogatur utrum prædia et c. i. forte uet. contineatur. *m* F. adunatione. *n* F. sunt. *o* F. persuasione s. fient. *p* F. pro ueris. *q* F. quum. *r* F. quodammodo. *s* F. latentibus.

Digitized by Google

num omnibus uiuere et ambulare, alii constet, si quis inquirere uelit annuebat. non potest illinc ab ipsis probationibus persuaderi ideo quod uibat quod ambulet, quod loquatur adstantium, multumque mens infringenda est, ut similitudo ueritatis animum habere uideat, de cuius simulatione est perfecta prius, quam de transcendentia controuersiarum tractare incipit, alii status earum *a* exponendus existimo, quoniam in priorem partem libri sequentium rerum ordo absoluti de his disputari inhibuit. Reddendum itaque hic locum tam necessariis partibus existimo. Omne genus controuersiarum ex quadam materiali *b* uipertitione generatur. constat autem hæc bipertitio aut in fine, aut in loco, non sine illa controuersia, quæ de positione terminorum præscribitur, quemadmodum unum extrapositum est, quo separato à cetero numero duo primum numeraturi, in hoc quoque numero controuersiarum de positione terminorum ad unius nominime condicionem respicit. et quamuis sit origo quædam litium, minime tamen adiungi materialibus controuersiis uidetur posse, quoniam singulariter omnium uitium anticipalis exsistit, et si querela eius ad solum descendit desint controuersia de positione terminorum. Finis enim incipit esse, aut locus. Ergo legitimi materialis status controuersiarum hi duo uidentur exsistere, de fine aut de loco. reliquæ controuersiæ, quæcunque sunt, ex hac materia oriuntur, aut ordinem mensurarum, aut partibus iuris ad status generalis priuatus reuocatur. Namque in ordinem controuersiarum, hæc quoque materialis locum suum obtinet. De fine subtilior exigitur disputatio, quæ à rigore nullo modo distat nisi specie, de quibus est diligentius disputandum. quotiens enim de fine aut de rigore dicimus, non plus illa quæstio oritur, *c* una pluresue lineas *d* sentiamus, [Goes. p. 83] ne præterea lex Manilia fini latitudinem præscribat. de qua lege iurisperiti adhuc habent quæstionem. neque antiqui *a* sermones sensus proprie explicare possunt, quini pedes latitudo dati sint. an in tantum *b* quinque, ui-

---

a exponendos. Arc. *b* bipert. Arc. *c* unam. Arc. *d* F. sentiamusne. Præt.

a F. sermonis. *b* F. quisque? u. t. limitis q.

Digitized by Google

dentur tamen his quinque pedum *c* esse latitudinem, ita ut dupondium *d* et semissem una quæque pars *ad* agri finem pertinere patiatur. Ergo si corpus habet *e* fines aliter sentire debemus *quam* ut singularem tantum lineam intueamur. In omni enim genere disterminationis, qui uel singularis linea interueniat, et ex uno *f* duabus diuidat partes ipsius mediæ lineæ secutus, singularem habet contemplationem, sed efficit duas partes horum locorum *g* diuersorum. et si proprius sentire uelimus triplex incipit esse contemplatio rei *h* diuersæ, uidebimus tamen an tota sint corporalis. Nam quidquid terreni est diuisum, sequitur ut et animo corporale esse constet. Inter uersuras autem duas illud genus lineamenti, quod *i* mensura distinxit, *k* quam ex inferiore parte terreno *l* finiatur, etiam si graciliter, in modo tamen sulci per supplimentum heres conspicitur, secundum rationem quorundam philosophorum aut geometrarum non duplex. Illud quoque quod hæres distinguit, corporale esse decernitur. Nunc quemadmodum positio est, cum controuersia alium habeat statum generalem, et alio ad litem deducatur, uera propositio est, cum præstat generalem controuersiam ad litem deducitur. ex falso ergo in uerum transcendentia est, cum à quolibet alio statu ad generalem statum controuersia reuocatur. ex uero in falsum transcendit, fit ut relicto generali status quolibet alio statu controuersia instruitur. ex non stante propositione in restante transidunt controuersiæ, quotiens loci de quo agitur specialia argumenta nulla existunt, neque ullum finitimæ similitudinis momentum, sed tantum aboliti *m* fines, que-[Goes. p. 84]rela exponitur et excipient exstantium argumentorum quoddam ea positione defenditur. Nam nec uno genere, sed ex si proximietas aliqua naturalis fuit quæ similitudine fines adferre possint, in illam quoque uelut extantium argumentorum oportunitas aptatur, res exstanti non stante fit transcendentia, cum certus agro finis, qui aut loci natura, aut terminorum distinctione firmatus est, relinquitur, et

---

c F. dedisse. *d* F. aut. *e* F. finis. *f* F, duas. *g* F. diuisorum. *h* F. diuisæ. Vid. *i* F. mensuras. *k* F. quum. *l* F. sumatur. *m* F. finis.

Digitized by Google

per uanas demonstrationes controuersiæ includitur. Hoc modo controuersiæ plerumque ab *a* ambitio possessoribus pro suis mouentur. Euenit autem ut eiusmodi demonstratio nisi ratione defendatur, in terribilis fiant, si natura pro ueris habeantur, et in terribilis in prodentia iudicantium fiant, uidelicet finem à quocumque autem controuersia de agris mouentur, effectus habent, aut coniunctiuus aut deiunctiuus aut spectibus aut exposcit aut subiectiuus, aut reciperet. Coniunctiuus est effectus, quotiens consentientibus angulis exploratus agrorum fines admodum rationes accepit determinationem in læso utroque agri solo. genus finitionis utrique inter conuenientes potius quam iudices sentiret factum consignare malunt. disiunctib. est effectus cum determinatio alterius partis solum desæcata est à æqualitate agri diuisis, ac simili solo applicat, ut plerumque euenit, ex prato siluæ aliquid adiungatur, aut ex silua *b* fine distincto adplicetur ad pratum, et similiter per alias agrorum qualitates. spectiuus est effectus, cuius est demonstratio finitimis argumentis ex maxima parte fundata, ita ut et dubiis quoque locis adspectum præbeat finitionis. Nam quæ animum non tantum ratione orationis [intrauit] sed etiam contemplandi potestate confirmat. expositiuus est effectus controuersiæ, quotiens finitimorum argumentorum caret demonstratione, et partes magis exigit *c* narrationes, per quas exponendum sit, quod in genere terminandæ sit, aut persuadendum iudici etiam [Goes. p. 85] si loci natura finitimum exhibeat, similitudinem quomodo sint reponendi. subiectiuus effectus est controuersiæ cum relinquitur status generalis, et alio quolibet statu controuersia defenditur. reciperatiuus est effectus controuersiæ, quotiens atrifinia aut quadrifinia ex quolobet alio finis loco in excipientem terminum rectura dirigit, et per incensum definitiones loca quædam alteri fundo adquiri, aut quotiens solum auferet, eius loco redditus utrique fundo effectus quos se reciperatiuus existit, per hos effectus omnium controuersiarum status inuicem habent transcendentia aut necessarias, aut quæ euntes, aut neque euntes, sæpe interribilis. Cum enim

a F. initio. *b* F. sine distinctione. *c* F. narrationis.

Digitized by Google

status generales adsumptiuus primæ controuersiæ, qui est de positione terminorum in rigorem, aut in finem transcendit, et quidem necessarius causa argumentorum, sed in illo genere controuersiæ, neque enim habetur. at si uero de fine agatur, et omnino terminus *a* distinctio ei desit, manifeste transcendentia eius non tantum neque his sed interribilis apparet. eadem ratione in cæteris controuersiis habet transcendentia adfigitur, ut aut non necessaria, aut neque interribilis appareat. secunda controuersia de rigore status initialis pertinentis ad materiam descendit in controuersiam, quæ est loco tertio de fine status materialis speciem non condicionem mutat, neque materia efficit. secunda controuersia de rigore status initialis, quam transcendit in controuersia, qui est loco materialis, transcendentia eius non necesse est, efficitur secunda controuersia, quæ est loca quinto de modo status effectiui, transcendunt, idoneas uolunt exhibere aduocationes. quocumque autem in artificio generaliter ueniunt, colligi utcumque possunt, reliqua omnia sunt infinita, in quantum potero tamen à generalibus specialia argumentis tractabo, cum ab exiguo quidem exemplo secundorum [Goes. p. 86] natura coligere possint, quia potissimum sequi debeat, quanquam omni quoniam in professores immodica controuersia cum quæstione frequenter agitata necessariam studii exercitationem huius quoque partis existimaui. Vnum enim libro substituimus artificem, alio de arte disputauimus cuius tripertitionem ex libris, ut puto, satis commodis sumus exsecuti. exigit enim pars scientiam meti una dudatur libra tertia pars quam quinto et sexto libro *a* comminuauimus. et de adsignatipnibus, et partitionibus agrorum, et definitionibus terminorum hactenus de putato artis mensoriæ ordine meminimus. superest nunc ut de controuersiis disponam. quæ pars quamuis quarta sit uniuersitati seiungitur, quoniam communis est, quam aliis artibus et priuatæ disputationis exigit, cum qua ita capere ac persequi poterimus. si anticipalia quoque, quibus inita substituuntur, non præterniserimus. omnium igitur honestarum artium, quæ sibi naturaliter aguntur sibi à naturæ imi-

a F. distinctioni d.
a combinau. Arc.

Digitized by Google

tationem proferuntur, materiam obtinet rationis artificium. Geometria principio ardua ac difficilis incessu, delectabilis ordine, plena præstantiæ, *b* effectum separabilis. manifestis enim rationibus, executionibus declarationalium materiam, ita ut geometria in eos se artibus, aut arte ex geometria esse intelligat. si enim rationis incrementa tractamus et simplicibus ac planis solidisque adhibita etiam nomen potestate cognoscimus, quam ut geometrica analogia, aut harmonica, aut arithmetica, aut contraria aut quinta, aut sexta, et ceteros ordines exercemus, ut non tantum artificiorum, uerum etiam omnium rerum qualitates probabiliter ostendat. sed quoniam tantum a naturalium rerum magnitudo exercitatiores communem in his exigit curam, non facile geometria uulgari tegitur opinionem, et ad intellectum sui. nisi quod ad naturalem philosophiam probeat [Goes. p. 87] admitti ordinem naturalium rerum substituunt et geometricæ exercitationis abdicant, sæpe credunt ut uetustatem reseruet speciebus alia qua quoque cum de agri qualitate aut incurbi aut angulari *a* succurrunt, et ad direptum lineis discerpuntur subsiciua appellantur, hoc est, quæ à subsecantibus lineis remanent, *b* natura extremitatum seruantis, quæ cum uel communis iuris aut publici essent possessionibus uicinis tunc Domitianus imperator præfudit, hoc est ut ex lineariæ *c* finalem uel occupatiorium licentia tribueret.

d Archifinalis agri dicuntur, qui arcendo, hoc est prohibendo, uicinum nomen acceperit *e* occupaturi. uero ideo, hoc [est] uocabulo utuntur, quod uicini urbium populi seu possessores, cum adhuc nihil limitibus terminaretur, præsumptione certaminis cum de locis aduersum se *f* repugnantis agerent, quousque pulsi uel cederent uel restitissent, uictoriæ terminus fieret, et uictos aut præsidium collis aut riui interstitium aut fossæ munimen resistere pateretur. Et hoc genere naturæ aut cursus docti secuti perpetuitatem possessionis effecerint. Agrorum quæ sit inspe-

---

b effectu inseparabilis. Arc.

a F. succidunt. *b* F. naturam e. seruantia. *c* F. finalium uel occupatoriorum licentiam ty. *d* F. Arcifinales. *e* F. occupatorii. Occupatorii uero. *f* F. repugnantes.

Digitized by Google

ctio, quotiens *g* quod inter uicinum extiterit quantis nisi ab agri mensoris promtus, hoc quærendum partium antiqui mensoris quemadmodum tenuerint, aut teneant, ostendant uicinæ possessiones, quæ sine lite *h* possidere uidentur, ut quærantur quo generum definitio uicinorum perseuerat, eadem quasi magistrata sit eorum, quæ est, in quæstionem sunt considerent. sic *i* auis, si superciliis, cluis, magrinibus, antemissis arboribus, ita ut ipsa uicinitas terminatur, ut et his quæ in quæstionem ueniunt, præstet exemplum. sed si caua defecerit aut tergo arbores antemissæ, solent termini occurrere, qui lapides *k* quam longioris sunt, quam qui latioris, sequendi, hoc est, aut si cursum dirigunt, lineare, aut si *l* gemma faciunt, tranuersi [Goes. p. 88] opponuntur ut quam longitudinem fecerint, hanc ut limitem *a* sequantur. sed ipsa positio terminorum pro regionibus immutatur, *b* aut tiburtini usque ad finem ex ordine de omni parte *c* do latinam, si superior pars tantum dolata est, et inferior subulis inpolita derelicta cippus nominandus est monumentalis, *d* esse non terminatus, siciles pro sua natura ponuntur, igniferique aut lapidis de tiburtinus dictum est, per longitudinem iudicant petræ naturales occurrunt, ipsæ naturales petræ pro signis habentur, sed de ipsis excepta aut *e* de ius habent aut linea, sub terminis *esse* signa solent, quæ sunt in imo posita, ea quæ exquiri iubent, *f* quæ arti se dederunt. Antemissæ uero arbores solent etiam plagatam antiquitus *g* in flexuosam simelem corticibus ostendere cicatricem, et hæ terebris foratam etiam tornutus intromissus, sicut scriptum à ueteribus, habere dicantur, sunt etiam et coronæ plerumque uepribus qua limitibus seruiunt, quarum et initium considerari oportet, et finem, et ut diximus, aliorum locorum similitudo uicinorum. si tabulis definitur, solent etiam ordines oliuarum quotiens in utroque agro sunt, uel utriusque uicinæ, *h* ordines non habere ad

---

g F. quid. *h* F. possideri. *i* F. aris. *k* F. quæ longiores s. q. qua latiores s. h. e. ut sic cursum dirigant liniarem. *l* F. gammam.

a F. sequamur. *b* F. ut. *c* F. dolati, nam s. *d* F. et uot. Silices. *e* F. decus habent aut lineam. Sub. *f* F. qui. *g* F. aut. *h* F. arbores u. h. a. u. l. constitutas.

Digitized by Google

unam lineam constitutos, ut cum sibi consentiunt lineæ utriusque agri dominium sui iuris esse testantur. sunt et uersurarum et culturæ discrimina, quæ cum *i* descripserit non unius qualitatem possessionis ostendunt, sed diuidi omnia pollicentur. diuergia aquarum etiam pro limitibus occurrunt. Sæpe etiam, ut euenit, in aliis possessionibus, nec ad proxima coniunctis, in medio alterius agro seu siluæ, seu pascua, seu uineæ: olueti, castaneti aliquid occurrat, quod cum sui iuris aliquis uindicet direptum signis aut fossis, aut terminis, sequitur inspector. Hæc enim uetustas illi qui *k* indigere iniunxit *perquirenda*, non de qualitatibus quam litatis posi-[Goes. p. 89]tionibus territoris, terminibus, signis, et his similibus consideranda sunt *a* aboriginem, quemadmodum tenuerint, cœperint, deinde *b* aliquid usque ad nostram ætatem descenderit, aut permaneat, opera exquiri. Qualitas in *c* hac species diuiditur, ut extremitatibus concludentibus aut quadrata sit, aut circa flexa, aut coneata aut triangularis, aut modo curtis, anfracta in flexuosam; modo inter hæc dirigentibus linea porrecta, modo arctiorem latitudinem longior, modo minorem latitudinem prolixior, quorum plerasque mensoris comprehenduntur, ex quantitate recipiunt, hoc est, ut et nominibus uetustis utatur, ut uectigalis ager uirginum uestæ, aris, templis, sepulchris et his similibus, quæ etiam usum, hoc est, principio et incrementis artis aduersantur, ne quid in rerum natura finitum esse uideatur, ac si rationes artium uniuersaliter adprehenderet proponimus, ut ab initio quodam ad certa finium dispositionem procedit.

[Goes. p. 308 med.]

EX LIBRO FRONTINI SECVNDO.

Si termini desint. Frequenter inter se possessores propter loci difficultatem totum supercilium *b* quod

---

i F. discrepauerint. *k* F. indagare.

a F. ab origine q. tenere c. *b* F. qualiter id usque. *c* F. has.

b F. qua augetur ipsis subiacentibus inferioribusue ces.

Digitized by Google

augenter ipsa subiacet, inferioribus cesserunt, et contenti fuerunt terminos per summum iugum disponere, nullam secuti rationem. Hæc tamen si occurrunt, non quasi noua intueri debemus. Plurimis deinde locis terminos sacrificales non in fine ponunt, sed ubi illos sacrificii potius opportunitas suadet poni, hoc est loci commoditas, in quo sacrificium abuti commodè possint. Hos terminos non statim finitimos obseruare debebimus, etiamsi non longè à fine positi fuerint. Frequenter enim uiæ finiunt, iuxta quas arbores solent esse latiores, sub quas defigere terminos sacrificii causa possessores censuerunt. Veruntamen multi qui non tantum sccrificii sequuntur consuetudinem, sed etiam rationem, in ipsis finitionibus defigere maluerunt: propter [Goes. p. 309] quod adimi fides sacrificalibus palis in totum non debet, nec haberi.

Nam et locorum rationes, et trinia, et colliculi finem faciunt. Termini autem si transuersi positi fuerint, gamnam faciunt: sed non statim trifinium ostendunt.

* * *

Das lezte Stük, obwohl an ſich nicht juriſtiſch, konte dennoch als eine Wiederholung aus Simplicius (Goes. p. 78. 79) nicht füglich weggelaſſen werden. Den Simplicius aber, den ſchon Rigaltius gekant und benuzt, aber nicht herausgegeben hat, finden wir auch bei Goeſius noch nicht vollſtändig; die drei lezten Blätter, wie ſie im Codex Arcerianus ſtehen, mögen ihm zu barbariſch und unverſtändlich erſchienen ſein. Ich trage jedoch kein Bedenken, ſie hier nachzuliefern, und dadurch zugleich ein treues Bild Einer unſerer wichtigſten Handſchriften zu liefern. Das Ineditum beginnt Z. 13 der erſten Columne. Die Varianten des Codex Vaticanus 3132, fol. 85. 86. den ich ebenfals verglichen habe, ſcheinen nur aus Conjecturen oder Nachläſſigkeiten des Abſchreibers entſtanden zu ſein; darum können ſie für jezt noch zurükbleiben.

Digitized by Google

(CODEX ARCERIANVS. fol. 106b.)

sepulchris et his simi
lib. quae etiam usum
hoc est incipio et incre
mentis artis aduersan
tur ne quid in rerum na
tura finitum esse ui
deatur ac si rationes
artum uniuersaliter
adpraehenderet propo
nimus ut ab initio quo
dam ad certa finium dis
positionem procedit
et exegit ornatam silen
tio transire neq. eos
si enim uos quam uaria
uerborum significa
tionem diuidimus na
turalis est uerborū
significatio naturali
ter sui exigit institu
tionem ipsa quoq. lit
terarum initia neces
sariam habent sub
stitutionem nisi enī
constet linearum illā
figurationem capere
nomen et esse aliquid
itemq. similiter cete
ras uoces distinctio
nes certa significatio
ne seruari numquam
scribturae ullius or
do ad iustitiam mentis
admittitur et si ad nu
meros respiciamus
et non putemus esse
unum neq. duo plura
ue a primo ad secundū
tertium quod distan
tias non substituamus
nullius ordinis modo
rum rationalium gra
dus distinguamus et
quid plurib. fatigamur
exempla si ad rationē
homo pertinet et ra
tionis nexus humana
tangitur prouidentia
ad quam non tantum
peruenire ne quidem
institutus quisquā
mortalium potuisse

Digitized by Google

(CODEX ARCERIANVS. fol. 107a.)

de contrario falsa per
suasione decipimur
et naturaliter inisse
nobis etiam sapientiã·
credimus castus est
disciplina nisi fallor in
fantia quae cum ita na
turalia ad notitiam men
tis admittitur aut suvt
in quid irigi possint ani
mum alia procubet se
motior rationem con
tinetur atq. cognoscen
da ne uulgarib. adduca
mur opinionib. rationis
decreti ac instituamus
adposita disputationes
in tractum aut ordinẽ·
persequamur quam mul
ta procedunt quib. ad hanc
disputandum materia
instrui debeamus tali
enim operationem na
turae regimur ut uni
uersa adq. pertinemus
aut quam ad nos perti
nent sensib. nostris
uelut confessa refe
rantur ipsa quoq. ani
mi didicerimus dinosci
mus quid quod id ipsũ·
quidquid est aquale
priusquam in parte ui
demus nec statim to
tum partis proprieta
tem cernimus nisi in
singulas portiones
auocatum undiq. uisũ.
direximus ut relicta
magnitudinis occupa
tione paulatim ad no
titiam rei animum in
ducatur eadem ratio
ne et in ceterae intel
lectum qualitatis te
nentur per quas aliud
opus festinantib. sa
tis dilucide existit pro
batio opacitatem rerũ·
generi humano esse
concessam quarum
multitudinem onerauit

Digitized by Google

(CODEX ARCERIANVS. fol. 107b.)

ad in uniuersa distrin
gimur ut ad certa et
electa nisi elabora
to studiorum iudicio
peruenire neq. eamus
UT ENIM EST FERRUM
genere secare potest
nisi ad secundum habi
lem acceperit figurā·
sic animum naturaliū·
capax rerum nisi certo
disciplinae ordinem
autus subtilioribus
indiget argumentis
quamobrem inter præ
cipua honestarum
amore artium conpu
nere animum et bonae
mentis instrumen
tis fundare debemus
si quidem secundum
cognitas mihi artis
huius partis sint aut
experimenti copia per
ferendi quoq. suffice
rint facilitas poterit
laborari nostro non
inter minimum utili
tatium profectus lo
cus uindicari
QUONIAM ITAQ. DE CONTRO
uersiis meminimus
agrorum hoc quod par
tib. diuidantur et in
quod genera posses
sionum aut quas habeat
qualitates tractemus
quam autem quorum
dam uideatur quid sit
ager et ubi sit ad ordi
nem mundum partes
q. reuocamur mundus
autem ut in stoici de
cerunt unus esse in
tellegitur sed qualis
quantus geometricis
spectaminib. aperitur
eo enim elementorū·
natura terrae equili
bratur huius terrae
pars diei fulget pars
nocte fuscatur diuiditur

Digitized by Google

(CODEX ARCERIANVS. fol. 108ª.)

ut supra diximus in
quattuor partes qua
rum una inter atlan
ticum ut eum mare me
ridiano ac septentrio
nali clauditur ocea
no habeshabiles atq.
cognita appellatur
a graecis οικουμενη cacumine re
liquitur habitabilis
ratione colliguntur
contraria autem pars
parti finitur oceano
atlantico atq. egeo
et inter meridianū·
et austrantem cohi
bitur oceanum ap
pellatur antecume
ne post oceanum sep
temtrionalem atque
australem duae terre
ni partes meridiano
diffunditur oceano
quarum graeci austro
propriorum anticto
non appellauerunt
alteram propriorum sep
tentrioni antipodon
quoniam emisperion
aliut latus optinet
et ad rationem habita
bilis et artemerii con
trariis ambulanti am
gressib. permittitur
ecumene autem hoc
est habitabilis et cog
nita terreni portio ad
notîtiam spatiorum
incrementis redigitur
umbrarum huius lati
tudinem definit ori
entis occidentisque
dimensio latitudine
septentrionalis fa
cit kardo intra haec
spatia terminantur
utroq. oceano triper
tita regionem diuisio
nem distinguitur eu
ropa libia atq. asia eu
ropam a lubia gallicū·
tyrenum egeum hoc

Digitized by Google

(CODEX ARCERIANVS. fol. 108b.)

est intestinum mare
diuidit asia ab europa na
his aligaliter inclina
mentorum condicio
cognoscet intra quā·
ager imperii romani
spatioso fine diffun
ditur cuius contro
uersias generaliter
exequi proposuimus
ager est fini ruris

exp. LIB.

INC. de LIMITIB. HYGINI

Endlich aber gehört noch ein Stük hieher, welches Rigaltius (p. 112) und Goesius (p. 128) als die Vorrede des Frontinus zu dem Buch de coloniis gegeben haben, während es in den Handschriften als Epilog des Aggenus Urbicus bezeichnet wird, und in der That auch beinahe wörtlich mit dem Ende beider Teile dieses Commentators übereinstimmt:

Digitized by Google

IVLII FRONTINI SICVLI

PRAEFATIO.

IN lapidibus finalibus locandis, in limitibus disponendis, in agris metiendis et assignandis, aduocatio præstanda est. quamquam diuersa sit, et longè inter se discernere debeat, Prudentiam tamen eandem artifices habere debent qui iudicaturi sunt, et qui aduocantur ut præstatores. In iudicando autem mensorem bonum uirum et iustum agere *debet*, *a* diuersorum fides quærenda est, neque ulla ambitione aut sordibus moueri, seruare opinionem meritis et moribus. Omnis enim artificiis ueritas custodienda est, exclusis illis similitudinibus quæ falsa pro ueris subiiciunt. Quidam enim per imprudentiam, quidam per auaritiam peccant. Totum hoc iudicandi gratia hominem *et* artificem exigent egregium. Erit enim æquissimum et in aduocationem, et in controuersiam de eadem fide concordare mensoribus. Sed hoc possessores æquo animo ferre non possunt. Nam dum his ueritas exposita fuerit aduersus sinceritatem artis facere coguntur. Multa sunt in professione quæ generaliter pro ueris subiiciuntur, et quæ*dam* specialiter [et] etiam coniecturaliter metiri artifices coguntur.

* * *

So lautet der Text, wie er uns urkundlich überliefert worden! In diesem gräulichen Chaos kan offenbar mit Herstellung einzeler Lesarten vorläufig nichts ausgerichtet werden: es müssen andere Untersuchungen vorhergehen, teils zur Ausmittelung der wahren Verfasser, teils zur

a F, dum uniuersorum.

Digitized by Google

richtigen Sonderung und Repartirung dessen, was von jedem dieser Verfasser herstammen dürfte. Diese Fragen mögen uns denn zunächst beschäftigen.

I. Drei Verfasser wurden bisher unterschieden: Frontinus, Aggenus Urbicus und Simplicius. Allein schon Rigaltius [1]) und Niebuhr [2]) haben bemerkt, daß das vermeinte Bruchstük des Simplicius unmittelbar mit dem zweiten Teil des Commentator Aggenus zusammenhange, und daß beide Hälften wiederum große Stücke des Frontinus zu enthalten scheinen. Der Name Aggenus Urbicus beruht auf Handschriften, und daß sein Commentar aus zwei Teilen bestanden, sagt er selber ausdrüklich [3]); den Simplicius hingegen nennt keine alte Handschrift außer dem jezt in Wolfenbüttel befindlichen Codex Arcerianus. Glüklicherweise läßt sich hier die Veranlassung zur Entstehung des Namens mit ziemlicher Sicherheit nachweisen. Aggenus schließt nämlich den ersten Teil seines Commentars mit folgender Bemerkung: "Satis, ut puto dilucide genera controuersiarum exposui: nam et simplicius enarrare conditiones earum existimaui, quo facilius ad intellectum pertinerent" u. s. w. Diese Worte hat irgend ein flüchtiger Leser misverstanden, und statt auf den vorhergehenden, auf den nachfolgenden zweiten Teil bezogen. Darum schrieb er hier das Wort simplicius an den Rand, was nun von Andern für einen Eigennamen gehalten wurde, wenn nicht etwa gar der Erste schon existimauit statt existimaui gelesen hat.

Diese Erklärung war mir eingefallen, ehe ich bemerkt hatte, daß auch Rigaltius sie (hinter dem königlichen

1) pag. 5 und 6 seiner obseruationes et notae.
2) Römische Geschichte Bd. II. S. 542. 543 der ersten Ausgabe.
3) Bei Goes. p. 68: de quo et in superiore parte meminimus, ideoque non puto eam iterum retractandam.

Digitized by Google

Privilegium für seinen Verleger) gegeben, und ehe ich den Codex Arcerianus gesehen hatte. Durch diesen lezten aber wird sie mehr als bloße Vermuthung. Hier steht nämlich vor den Worten: "Non praetermittimus" mit rother Schrift: INCIPIT LIB., und dazu hat eine andere, freilich auch sehr alte Hand mit schwarzer Tinte hinzugefügt: sinplicius. Dann aber finden wir das us wieder durchstrichen, wodurch denn das incipit liber Simplici vollendet wurde. Der codex Vaticanus 3132, eine Abschrift des Arcerianus aus dem sechzehnten Jahrhunderte, wiederholt zwar diese Worte, jedoch mit dem Zusaz: "Hoc additum aliis literis puto adulterum," und darüber steht von anderer Hand: "In alio codice: Incipit Ageni urbici de controuersiis agrorum." Auch Cujas hat den Simplicius ohne Weiteres als "integer Vrbicus" angeführt (obss. X, 2.).

Es bleiben uns also nur zwei sichere Namen: Frontinus und Aggenus Urbicus. Frontinus hat diese Schrift, so wie die vier Bücher strategematῶn, unter Domitian geschrieben, während sein Werk de aquaeductibus neuer, aus der Zeit des Nerva ist. Der Beweis dafür liegt darin, daß in unserer Schrift alle bestimmte historischen Angaben nur bis auf Domitian hinabgehen, und daß dieser sogar Praestantissimus Domitianus genant wird [4]), was ihm nach seinem Tode nicht leicht widerfahren sein möchte.

Viel schwieriger steht es mit der Person des Aggenus Urbicus. Auch wenn wir ihm Alles, was nicht von Frontinus sein kan, ohne Weiteres zuschreiben, so wird doch nichts mit unmittelbaren Zeugnissen belegt, als daß er ein Christ gewesen, und zu einer Zeit gelebt

4) Goesius pag. 68 a. E.

Digitized by Google

hat, wo das Christenthum allgemein verbreitet war [5]). Daß er in Italien lebte, läßt sich jedoch auch nicht bezweifeln [6]), während das, was er von den Anschwemmungen der Tiber [7]), von Afrika und Lusitanien [8]) zu sagen scheint, nicht nothwendig als Bericht eines Augenzeugen zu nehmen, und überhaupt wohl nicht von ihm ist.

Aber völlig dunkel bleibt uns die Zeit, in der Aggenus lebte. Keine einzige Erwähnung eines späteren Kaisers, kein Krieg, kein sonstiges Ereignis findet sich bei ihm berührt, was einen sicheren Haltpunkt abgäbe. Es ist, als hätte er ganz ausser der Welt gelebt. In welchen Zeiten war es einem Agrimensor noch möglich, von Allem, was sich später mit dem Grundbesiz Italiens zugetragen, so ganz zu schweigen? Gewiß nicht unter Odovakar oder den Ostgothen, denn dann hätte er nicht blos der der alten Colonien, sondern auch der Landesteilung zwischen Römern und Germanen gedenken müssen; auch nicht unter den byzantinischen Kaisern, denn von Justinian's Gesezen weiß er gar nichts, auch nichts von Zeno's Gesez über die Emfyteusis; vielmehr kennt er noch die alte usucapio neben der longi temporis praescriptio [9]). Also nur in der Zeit, wo Italien seine ohnmächtigen römischen Kaiser hatte, von deren Gesezgebung sich wenig berichten ließ, d. h. spätestens gleich nach der Mitte des fünften Jahrhundertes. Damit stimmt denn auch besonders noch der

5) Goes. pag. 50: "cum diuino praesidio." pag. 61: "in Italia autem multi crescente religione sacratissima christiana u. s. w. Ein drittes Zeugnis liegt darin, daß eine Stelle des Frontinus, in welcher der tutela templorum Erwähnung geschieht (Goes. 72), von Aggenus ohne diesen Zusaz wiederholt wird (Goes. pag. 60).

6) s. die vorige Note.

7) Goes. pag. 60: Nam et ubi uis aquae aluei Tiberis populi romani tantummodo insulam fecit u. s. w.

8) Goes. pag. 65. 70 a. E. An einer anderen Stelle (Goes. S. 47) hält er für nöthig zu bemerken: "Lusitania prouinciae nomen est."

9) Goesius p. 53. 68. 69. 80 a. E.

Digitized by Google

Umstand überein, daß er die praesides prouinciae noch immer als wirklich vorkommende Beamte behandelt [10]), und am Schlusse unseres Ineditums sagt: "ager imperii romani spatioso sine diffunditur."

Zur Characteristik unserer Schriftsteller läßt sich noch folgendes hinzufügen. Frontinus, ein tüchtiger, vielerfahrener Practiker, der noch allgemein verbreiteten Bildung seiner Zeit nicht fremd, fühlt sich sicher im Ausdruk, wo er positive Thatsachen oder Regeln seiner Kunst vorzutragen hat; nur da, wo es mehr auf wissenschaftliche Anordnung und allgemeine Uebersicht des Stoffes ankomt, wird er unbeholfen und fremd in Worten und Wendungen. So zeigt er sich in der Schrift über die Wasserleitungen, wie in der über die Kriegslisten; so müssen wir auch hier ihn wiederfinden. Es darf uns also nicht befremden, wenn seine Sprache nicht überall wie aus einem Gusse erscheint; wer nur seine Vorreden zu den vier Büchern der strategemata mit dem Texte derselben vergleicht, dem muß dort dieselbe Ungleichheit auffallen Doch scheint er selber sich dieser schwachen Seite bewußt, und darum schnell über solche Dinge hinwegzueilen; das ist wenigsteus in jenen Werken der Fall, und darf auch in dem unsrigen vermuthet werden [11]).

Ganz anders steht Alles bei Aggenus Urbicus.

10) Goesius p. 56 med.

11) Zur Probe mag die kurze Vorrede des vierten Buches der strategemata dienen: "Multa lectione conquisitis strategematibus, et non exiguo scrupulo digestis, ut promissum trium librorum implerem, si modo impleui: in hoc exhibebo ea, quae parum apte descriptioni priorum ad speciem alligata subiici uidebantur, et erant exempla potius strategicōn quam strategemata. Quae idcirco separaui, quia quamuis clara, diuersae tamen erant substantiae: ne si qui forte in aliqua ex his incidissent, similitudine indocte praetermissa opinarentur: et saue uelut residua expedienda sunt, in quo sicut antea, et ipse ordinem per species seruare conabor." Wir werden diese Stelle besonders zur Beurteilung dessen benuzen dürfen, was bei Goesius S. 86 zur Uebersicht des ganzen Werks gesagt ist.

Digitized by Google

Keine Spur von Sachkentnis, keine Erfahrung, weder in den Privatverhältnissen der Grundbesizer, noch in gerichtlichen Verhandlungen, noch in öffentlichen Angelegenheiten; keinen gesunden Gedanken weiß er zur Erläuterung seines Autors vorzutragen; nur dessen eigene Worte, bald mit unnüzen Partikeln und Phrasen verdünnt, bald mit geistloser, ungeniesbarer Scholastik umhängt, giebt er wieder. Sein ganzes armseliges Wissen besteht in Reminiscenzen aus der Schule, welche sich niemals zu einem lebendigen Ganzen bei ihm verbunden haben. Auch von juristischen Dingen hat er gehört, aber zu einem eignen Urteil vermag er sich nicht zu erheben.

II. Die bisherige Schilderung war durch die Voraussezung bedingt, daß wir außer Aggenus keinen Commentator zum Frontinus haben, und daß mithin ihm Alles zuzuschreiben sei, was nicht als Text des Frontinus, oder als ganz fremdartiges herausgeworfen werden muß. Wir wollen jezt versuchen, diese Voraussezung näher zu begründen. Ganz fremdartig sind für unseren Gegenstand die Stellen über die verschiedenen Arten von Aeckern, bei Goesius S. 76 bis zu den Worten quam adfluat, und S. 87-89 von alia quoque bis his similibus. Diese Stücke mögen zu der Schrift de conditionibus agrorum gehören, und nur auf versezten Blättern hieher gerathen sein.

Daß wir von Frontinus viel mehr über die Controversen besizen, als was ihm in den Ausgaben (bei Goesius S. 39-43) ausdrüklich zugeschrieben wird, ist eine längst ausgemachte Sache. Jene vier Seiten bei Goesius enthalten meist nur seine Anfangsworte, mitunter noch mit Anmerkungen des Aggenus vermischt [12]), während bei Weitem größere Stücke von Jenem bei Die-

12) Z. B. bei der dritten controuersia: de fine.

Digitized by Google

sem untermengt sind. Nehmen wir aber hinweg, was sowohl dem Ausdruk als der Sache nach der früheren Zeit angehören muß, so bleiben uns für Aggenus hauptsächlich folgende Stücke übrig:

1) In dem ersten Teil des Commentars triviale Erläuterungen und Bemerkungen zu einzelnen Säzen des Frontinus, ferner Auszüge aus Contracten und Inschriften, endlich am Schlusse eine Expoſition über acht verschiedene status der Controversen. (Goesius S. 63. 64.)

2) In dem zweiten Teil des Commentars Bemerkungen über den status jeder einzelen Controverse, mitunter auch Erläuterungen zum Text des Frontinus.

3) Im Pseudosimplicius Untersuchungen über zwei status generales und über die transcendentia der Controversen, daneben über acht verschiedene effectus der Controversen, welche aber mit den schon erwähnten acht status ganz übereinstimmen. (Goesius S. 82. 83-85.)

4) Teils im Simplicius (Goes. S. 86 und 89 a. E.), besonders aber in dem hier zuerst gedrukten Stücke, eine Einleitung zur Lehre von den Controversen, die ihres Gleichen an Unsinn sucht. Diese Einleitung scheint mündlich vorgetragen zu sein, da der Verfasser sagt: "priuatae disputationis exigit" (Goes. S. 86), und am Eingang unseres Ineditums um Stillschweigen bittet ("et exigit ornatam silentio").

Zweifelhaft bleiben hier nun eigentlich nur zwei Stücke: die Auszüge aus Contracten und Inschriften, und die Untersuchungen über status und transcendentia der Controversen. Jene Auszüge wären, wenn sie von Aggenus herstammten, jedenfals die Beste seiner Gaben; und in der That mag er sie wenigstens überarbeitet haben, da sie sehr oft als einer viel früheren Zeit angehörig dargestellt werden. Die Untersuchungen über status und transcendentia aber müssen zum kleineren Teil von Frontinus sein, d. h. so weit sie die beiden status materia-

Digitized by Google

les: de fine und de loco, betreffen. Denn gerade hier findet sich eine Stelle, welche Aggenus ihm anderswo ausdrüklich zuschreibt [13]). Weiter zu gehen, ist nicht möglich, denn Alles was vom status und effectus iniectiuus, expositiuus, subiectiuus, reciperatiuus, assumptiuus, initialis, materialis, effectiuus gesagt wird (Goesius S. 63. 84. 85), ist an sich so abgeschmakt und so mit barbarischen Ausdrücken vermengt [14]), daß es wohl keinem Ohr zu Domitian's Zeiten verständlich gewesen wäre, während doch die alberne Wiederholung derselben Beiworte, hier für den status, dort für den effectus controuersiarum beweiset, daß dem Verfasser ganz besonders daran gelegen war, mit denselben zu glänzen. Daß aber Aggenus dieser Verfasser sei, ist schon darum nicht zu bezweifeln, weil sonst von dem zweiten Teil seines Commentars, zu dem doch Jenes nach handschriftlichen Zeugnissen mit gehört (oben S. 376), gar nichts mehr existiren würde. Denn die sibyllinische Einleitung, von der man den Aggenus wohl noch am ersten freisprechen möchte, wenn nicht einzele Stücke derselben schon auf den früheren Seiten des Simplicius zu finden wären, ist doch immer nur eine Einleitung zu diesem Commentar.

Bei einem Material von so ungleichem Werthe bleibt offenbar unsere Hauptaufgabe: den ächten Frontinus aus dem Staube späterer Barbarei wieder hervorzuziehen, und ihm so viel als möglich seine ursprüngliche Gestalt wiederzugeben. Indessen würde es weder räthlich noch möglich sein, den Aggenus Urbicus gänzlich herauszuwerfen; er muß

13) Goes. p. 51: "in istis, ut ait Frontinus, uelut instantium argumentorum opportunitas controuersialis aptatur," verglichen mit Goes. S. 84.

14) Z. B. mit in terribilis, was nach Otfried Müller's unzweifelhafter Verbesserung für interibilis, unhaltbar, nicht beständig, zu nehmen ist.

Digitized by Google

dem Frontinus schon deshalb zur Seite bleiben, damit über die oft sehr schwierige Frage, was Text, was Glosse sei, auch künftige Untersuchungen nicht abgeschnitten werden.

Zur Lösung dieser Aufgabe möchten auf den ersten Blik die nicht zu verkennenden, auch von Niebuhr schon herausgehobenen Blattversezungen im Simplicius für das nächste Hülfmittel gehalten werden. Allein hier verläßt uns leider der sichere, mathematische Maaßstab, welcher sonst diesen Restitutionen ihre vorzügliche Evidenz verleihet: wir können nicht angeben, wie viel auf jedem versezten Blatte gestanden hat, weil der Text überall mit Zeichnungen vermengt war, von denen nur ein Teil in unsere Ausgaben übergegangen ist. Nur da, wo keine Zeichnungen standen, glaube ich ermittelt zu haben, daß jedes Blatt der alten Handschrift wenige Worte mehr enthalten habe, als eine Seite bei Goesius. Uebrigens hat der uralte Codex Arcerianus alle diese Versezungen schon aus einer älteren Handschrift überkommen.

Sicherer ist der Gewinn, den uns ein anderer Umstand bringt. Die wichtigeren Säze kommen meistens zweimal in den Handschriften vor, und zwar so, daß wir wahrscheinlich einmal den ächten, einmal den von Aggenus copirten und erläuterten Frontinus vor uns haben. Wenn z. B. Domitian in derselben Stelle einmal als praestantissimus, einmal ohne dieses Beiwort erwähnt wird (Goes. S. 68 a. E. 59 a. E.), so muß dies Leztere von dem Zeitgenossen jenes Kaisers gebraucht, von dem Commentator aber gestrichen worden sein; eben so wenn die Zeit eines den Fanestrinern gewährten Privilegiums einmal mit nuper, und einmal mit dem nichtssagenden postea bezeichnet wird (Goes. S. 71. S. 58 a. E.) u. dgl. m. Im Ganzen scheint nun zwar der ächte, unverfälschte Text mehr in der zweiten Hälfte des Aggenus und im Simplicius zu stecken; mitunter aber,

Digitized by Google

z. B. bei der controuersia de modo, de alluuione, de subseciuis, erscheint die erste Hälfte des Aggenus zuverlässiger.

Zu diesen doppelten Stellen gehört nun insbesondere auch der Epilog zur allgemeinen Uebersicht der Controversen, der mit den Worten: Satis ut puto dilucide anfängt (Goesius S. 62. 75. 128). Auch dieser wäre also dem Frontinus zuzuschreiben, weshalb ich denn durchaus nicht zweifle, daß schon die Schrift des Frontinus aus zwei Teilen bestand. Einige Stellen, in welchen er ausdrüklich auf frühere Ausführungen zurückweiset, dürften diese Annahme noch mehr bestätigen. Ist nun ferner, wie wir mit Rigaltius und Niebuhr annehmen dürfen, die Stelle, welche von einer Verteilung der ganzen agrimensorischen Wissenschaft in zwei Hauptwerke, de artifice und de arte, und von der Anordnung des zweiten Werks nach sechs Büchern redet (Goes. S. 86), ebenfals von Frontinus, so würde der Abschnitt de controuersiis das vierte Buch des zweiten Werks gebildet haben, aber von den übrigen fünf Büchern seines eigenthümlichen Inhalts wegen gesondert worden sein. Damit verträgt sich denn auch das Citat bei Goesius S. 308: ex libro Frontini secundo, sofern wir hier unter liber das Hauptwerk, nicht die Unterabteilung verstehen; und dazu möchte ich mich wenigstens eben so leicht entschliessen, als zu der Vermuthung, daß auch dieses Stük im Simplicius (Goes. S. 78. 79) ein völlig fremdartiges sei.

Als Resultat dieser Ansicht ergiebt sich nun Folgendes für die Ordnung des Einzelen:

I. Fremdartiges: Goes. 87 (uerb. alia qua quoque) bis 89 (uerb. similibus). S 76.

II. Erster Teil des Frontinus, und Commentar des Aggenus dazu, mit reichlichen Auszügen aus dem zweiten Teil von Jenem: Goesius S. 39-43 (uerb. disputationem), und S. 50-62 (uerb. eam finiet).

Digitized by Google

III. Epilog des Frontinus zum ersten Teil, mit Zusäzen des Aggenus vermischt: Goesius S. 62 (Satis ut puto) bis S. 64. S. 75. 128. S. 85 a. E. (idoneas) bis 86 med. (communis est.)

IV. Einleitung des Aggenus zum zweiten Teil: Goesius S. 76 a. E. (In omnibus) bis 77 init. (moueant causas) S. 85 a. E. S. 86 (quam aliis artibus) bis 87 init. (reseruet speciebus) S. 89 a. E. und unser Ineditum.

V. Frontinus und Aggenus de statu und de transcendentia controuersiarum: Goesius S. 82 (Priusquam) bis 85 a. E. (transcendunt.)

VI. Zweiter Teil der einzelen Controversen:

Contr. I. II: Goes. S. 77 med. (si uero) bis 79 (haberi) S. 308. 309.

Contr. III: Goes. S. 82 (De fine) bis 83 (decernitur.)

Contr. IV. V med.: Goes. S. 79 (Ordinem) bis 82 (est perfecta.)

Contr. V med. - XV: Goes. S. 65-75. (iure continetur.)

Wäre der Frontinus noch vollständig vorhanden, so würde er natürlich auch in keiner anderen Ordnung wiederzugeben sein, als in seiner eigenen, ursprünglichen. Allein da wir nur Bruchstücke, und diese oft nur in der wilkürlichen Umstellung des Aggenus haben, so wird die Uebersicht des Ganzen sehr erleichtert, wenn wir Alles beisammen lassen, was über jede einzele Controverse aus dem ersten oder zweiten Teil noch übrig ist, und uns begnügen, die Worte des Frontinus von den eigenen des Aggenus möglichst streng zu sondern. Für die Verbesserung des Textes wird schon durch eine verständigere Interpunction und durch leichte Emendationen einzeler Buchstaben sehr viel geschehen können, ohne daß es unter der unendlichen Masse des Schwereren, darüber jedesmal einer besonderen Bemerkung bedürfte. Eben so wird es erlaubt sein, die Varianten unter dem Text dadurch zu beschränken, daß die vielen Versezungen einzeler Worte, welche Aggenus sich erlaubt hat, nicht jedesmal mit erwähnt werden.

(Fortsezung folgt.)

Digitized by Google

von geringem Werthe gewesen, jezt aber freilich durch Roscius ein bestbeschaffenes Langut geworden sey (cap. 12.). Dieser Vergleich wurde vier Jahre [8]) vor unserer Rede geschlossen (cap. 13.).

Vor drei Jahren ist eine restipulatio gemacht worden, der zu Folge Fannius dem Roscius die Hälfte dessen versprochen hat, was er von Flavius durch die aquilische Klage erhalten würde. Nach Cicero's Angabe ist diese Stipulation dadurch veranlaßt, daß C. Piso dem Roscius vorgeschlagen, dem Fannius für seine Mühwaltung als Cognitor 100000 Sest. [9]) zu geben, wogegen dann dieser jenes Versprechen geleistet habe.

Schon vor dem gegenwärtigen Proceß hatte Roscius über diese Societätsverhältnisse einen Rechtstreit mit Fannius vor einem Arbiter, demselben C. Piso, der so eben erwähnt und vor dem als Juder auch unsere Rede gehalten worden ist (cap. 4. 9.). Nach dem Ausdruck compromissum feceris (cap. 4. §. 12.) und der Art, wie die Parteien dieses Arbitrium wieder aufgaben (cap. 9.), möchte man annehmen, daß es kein gerichtliches Arbitrium auf angestellte actio pro socio war, wenn gleich Cicero diesen Arbiter auch Juder nennt (cap. 9. §. 26.), und überhaupt so davon spricht, als wenn ein gerichtliches Verfahren stattgefunden hätte. Er wirft dem Fannius vor, daß er über dieselbe Schuld, die er jezt als certa pecunia vor den Juder bringe, schon einen Arbiter ge-

8) Nach der allerdings (nur nicht wegen aller der von ihm angeführten Gründe) wahrscheinlichen, und in die spätern Ausgaben übergegangenen Vermuthung Hotoman's. Die Handschriften und ältern Ausgaben lesen XV. Der Zusammenhang sämmtlicher Thatsachen fordert eine kürzere Zeit. Die Aeußerung (Flauius) iam pridem est mortuus (cap. 14.) beweiset bei der Relativität des Ausdrucks nicht das Gegentheil.

9) Nach Ernesti's Vermuthung 50000 — nach Lambinus 15000 — nach Manutius 10000. S. unten.

Digitized by Google

nommen habe, was man nicht thue, wenn man eine bestimmte Geldsumme zu fordern, und dies auch durchzusezen das Vertrauen habe. Wie dem auch sei, dieser Streit wurde damals durch Uebereinkunft zwischen beiden Parteien niedergeschlagen (cap. 9.).

Nach Cicero's Behauptung hat auch Fannius von Flavius im Wege des Processes 100000 Sest. erhalten, worüber er zwei Zeugen beibringt, welche dies von Cluvius, dem Richter in diesem Proceß, gehört zu haben aussagen.

Wir gelangen nun zu dem Proceß, in welchem unsere Rede gehalten ist.

Die Klage des Fannius gegen Roscius geht auf certa pecunia, es ist tertiae partis sponsio vorgenommen worden (cap. 4. 5.). Cicero spricht anfangs von 100000 Sest. (cap. 1.), nachher werden 50000 als die Summe angegeben, die in der Formel genannt sey (cap. 4.). Diese verschiedenen Angaben erklären sich, wenn Fannius auf die Hälfte eines Ganzen Anspruch machte, wodurch es dem Redner möglich wurde, nach Umständen bald die eine, bald die andere Summe zu nennen. Die Forderung soll vor drei Jahren entstanden seyn (cap. 9. §. 3.). Worauf gründet sie der Kläger?

Cicero führt am Anfang der Rede aus: die Klage auf certa pecunia könne sich nur gründen entweder auf adnumeratio — diese behaupte der Kläger nicht —, oder auf expensi latio — aber die tabulae accepti et expensi des Klägers enthielten so wenig etwas davon als die des Beklagten, auf die aduersaria des Klägers komme nichts an —, oder endlich auf stipulatio, diese könne der Kläger nicht beweisen, die Zeugen schwiegen alle davon. In der Rede werden aber noch folgende Punkte erwähnt, die der Kläger für sich anführt, und der Redner zu beseitigen sucht.

Digitized by Google

Der Kläger hatte sich auf seine Adversaria berufen, in welchen die Schuld des Roscius angemerkt war, Cicero bestreitet ihre Beweisfähigkeit (cap. 2. 3.). Als ursprüngliche Quelle seiner Forderung hatte Fannius das Societätsverhältnis angeführt (cap. 6. ff.) und darin besonders den Umstand, daß Roscius ohne ihn mit Flavius sich verglichen, und einen Werth von 100000 Sest. von diesem gezogen. Davon gebühre ihm die Hälfte, sey es daß Roscius über das Ganze paciscirt habe (wovon Cicero weitläufig das Gegentheil ausführt (cap. 12–17.) oder nur über seinen Antheil an der Forderung, denn was ein Socius als solcher einnehme, das falle in die Societät, so lange diese bestehe, und dessen Mittheilung könne von dem andern gefordert werden, wenn es auch nur so viel betrage, als was der Empfänger bei künftiger Auflösung der Societät als seinen Antheil vom Ganzen ansprechen könne.

Es ist offenbar, daß keiner dieser Punkte die Klage unmittelbar begründen sollte. Es wäre zu thöricht gewesen, die Schrift in den Adversarien als eine causa obligationis, wie die in dem codex accepti et expensi, anzuführen, oder die actio pro socio auf certa pecunia anzustellen, als daß man annehmen könnte, Fannius habe dies wirklich gethan. Vielmehr sind diese Punkte ohne Zweifel nur zur Unterstüzung und zum Beweis seines eigentlichen Klagegrunds gebraucht worden. Welches ist nun aber dieser?

Es kommt noch eine Behauptung des Klägers in der Rede vor, auf die uns unter andern gerade das Bestreben des Redners, sie in den Hintergrund zu schieben und in eine mehr zufällige Verbindung zu bringen, aufmerksam machen muß. Roscius habe mit ihm, behauptet der Kläger, pactionem über die Anforderungen ex societate bei Gelegenheit des früheren Handels vor dem Arbiter

Digitized by Google

gemacht, was Cicero so wendet, als habe Fannius den Roscius, weil er vor dem Arbiter den Proceß zu verlieren fürchtete, gebeten, die Sache ruhen zu lassen (cap. 9.). Dazu kommt noch die Erzählung Cicero's, Piso (der Arbiter) habe Roscius vorgeschlagen, dem Fannius für seine Mühwaltung als Cognitor 100000 Sest. oder wie hoch die Summe sich belaufen mochte (s. Note 9.) zu geben (cap. 10.). Die Höhe der Summe, wenn sie auch um die Hälfte weniger betrug, macht diese Erläuterung höchst bedenklich; auf die Emendationen des Lambinus und des Manutius, welche 15000 oder 10000 annehmen, kann keine Rücksicht genommen werden, da sie eben nur in dieser Unwahrscheinlichkeit, daß einen Cognitor die ganze aestimatio litis zur Belohnung gegeben werden sollte, ihren Grund haben.

Alles dieses zusammengenommen glaube ich, folgendes könne als ein mit möglichster Sicherheit aus der ganzen Rede sich ergebendes Resultat angenommen werden.

Die beiden Socii hatten gemeinschaftlich, jeder für seinen Antheil an dem getödteten Sclaven, die actio legis aquiliae gegen Flavius. Fannius sollte diesen Proceß führen, und wurde von Roscius für dessen Antheil als Cognitor bestellt. Roscius aber transigirte mit Flavius nachher ohne Fannius, und veranlaßte den lezteren, gegen ihn mit einer Forderung aus der Societät auf die Hälfte des durch den Vergleich Empfangenen aufzutreten. Roscius weigerte sich; sie brachten die Sache vor einen Arbiter.

Beide Theile hatten hier in ihrer Art Recht: Roscius, indem er sagen konnte, er habe nur über den Antheil transigirt und transigiren können, der ihn ohnehin treffen würde, Fannius werde ohne Zweifel seinen Antheil von Flavius ebenfalls bekommen, geschehe dies wider alle Wahrscheinlichkeit nicht, so sey es dann noch immer Zeit,

Digitized by Google

alles ins Gleiche zu bringen; dies sey die einfachste Art von der Sache zu kommen. Fannius dagegen konnte auf seinem Recht beharren, wonach jeder Socius das was ihm in Societätsangelegenheiten zukommt, dem andern zu conferiren hat, was Roscius nun zu thun habe, wie er es seinerseits thun werde, wenn er den übrigen Betrag von Flavius auch werde erhalten haben; da er einmal als Cognitor bestellt sey, und schon als solcher die Hälfte dessen, worein ihm Flavius werde condemnirt werden, dem Roscius herauszugeben haben würde, so sey der einfachste und am wenigsten Irrungen veranlassende Weg vielmehr der, dabei zu bleiben. Uebrigens konnte er sich auf die Ungewißheit berufen, ob er von Flavius, wo nicht überhaupt etwas, doch wenigstens, ob er so viel erhalten würde, als Roscius vielleicht durch Gunst der Umstände, in Rücksicht auf seine Bekanntschaften u. dgl. sich habe verschaffen können, während das Recht der Societät Gleichheit fordere. Das Sicherste sey also, jezt das was Roscius erhalten habe, und künftig das was er, Fannius, erhalten werde, zu theilen.

Unter diesen Umständen eignete sich die Sache zu einer gütlichen Uebereinkunft, zu welcher auch der Arbiter rieth.

Man traf das Abkommen, daß Fannius von Roscius eine Summe erhalten, dagegen aber dem lezteren die Hälfte dessen promittiren solle, was er von Flavius empfangen würde. Dies ist nun der Hauptpunkt für das Verständnis unserer Rede. Man sieht, es wurde dem Fannius hier zugestanden, was er gefordert, nur die Modification traf Roscius zu seiner Sicherheit, daß Fannius die Summe von ihm nicht sogleich erhielt, wie denn auch Cicero nur sagt, der Arbiter habe den Vorschlag gemacht, ut Fannio daret, keineswegs daß das Geben wirklich stattgefunden habe. Wie hoch belief sich diese Summe? Nach dem eben aufgezeigten Zusammenhang muß sie in

Digitized by Google

der Hälfte der 100000 Sest. bestehen, die als der Werth des zwischen Roscius und Flavius getroffenen Abkommens angenommen werden. Die Handschriften haben 100000 Sestertien, aber diese Summe ist ganz ohne Erklärung, und die Lesart ist daher von jeher für unrichtig gehalten worden. Wie ich nun glaube, daß die Conjecturen des Lambinus und Manutius verworfen werden müssen, so bin ich überzeugt, daß die Vermuthung Ernesti's haltbar sey, und lese mit ihm 50000. Dies ist nun auch die Summe, welche Fannius in dem Proceß, in den unsere Rede gehört, fordert. Daß diese und jene aber wirklich identisch sind, daß sich die Forderung des Fannius aus jenem Abkommen vor dem Arbiter herschreibt, das wird noch durch folgenden Umstand bestätigt. Cicero sagt, die Forderung des Fannius stehe schon seit drei Jahren und darüber in den Adversarien desselben (cap. 3.). Gerade so lange aber ist es, daß jenes Abkommen zwischen Fannius und Roscius getroffen worden war (cap. 13. §. 37.).

Roscius zahlte die versprochene Summe nicht, und glaubte um so mehr dessen überhoben zu seyn, da ihm von angesehenen Männern versichert wurde, daß Fannius in Folge seines Processes mit Flavius von Diesem 100000 Sest. gezogen habe. Unter dieser Voraussezung hob sich das, was nach jenem Abkommen er dem Fannius und dieser ihm zu leisten hatte. Nun aber trat Fannius mit der Klage auf die versprochenen 50000 Sest. gegen ihn auf, wobei er ohne Zweifel eine Stipulation behauptete, durch welche Roscius sie in Folge jener Verhandlungen vor dem Arbiter ihm schuldig geworden sey, wie er wiederum jenem durch die Restipulation die Hälfte der von Flavius zu ziehenden Summe.

Die Mittel zum Beweise dieser Stipulation müssen ihm gefehlt haben; Cicero sagt: stipulationem non esse taciturnitas testium concedit. Möglich, daß sie wirklich

Digitized by Google

nicht vollzogen wurde, und daß Fannius damals seine Ursachen hatte, diese Ausführung seiner Uebereinkunft mit Roscius von Seite des lezteren nicht zu urgiren. Cicero's Behauptung, daß es vornämlich dem Fannius darum zu thun gewesen sey, von jenem Rechtshandel vor dem Arbiter loszukommen, daß er den Roscius deshalb überlaufen habe (cap. 9.), ist vielleicht nicht ganz ohne Grund [10]). Kurz der Kläger fand für nöthig, zu mittelbaren Beweisen zu greifen, seine Adversarien zu produciren, worin diese Forderung vorgemerkt war, und sich auf die Societätsverhältnisse zu berufen, aus denen dieselbe auf die vorgetragene Art hervorgegangen war, um dadurch, daß die Forderung wirklich existirt habe, seine Behauptung, daß sie von Roscius in der Form, die ihn zu der angestellten Klage berechtigte, anerkannt worden sey, zu unterstüzen.

Es kann nun noch die Frage entstehen, warum, wenn die Sache sich so verhielt, wie hier angenommen worden ist, Cicero diese Lage derselben nicht auch ganz einfach dargestellt, und dadurch am besten den Richter von dem Rechte seines Clienten überzeugt habe, namentlich warum er nicht das Argument gebraucht habe, daß wenn auch Fannius an Roscius 50000 zu fordern habe, diese Forderung durch die Gegenforderung von ebensoviel aus der Repromission des Fannius aufgehoben sey? Der Grund liegt nicht darin, daß diese einfachere Vertheidigung des Clienten geringe Kunst erforderte, und sich daher einem Redner beginnenden Rufs wenig empfahl. Auch darauf

10) Wie wenn damals schon Fannius seinen Antheil von Flavius, wie ein Jahr früher Roscius den seinigen, bezogen hatte, und durch seine Nachgiebigkeit in Beziehung auf die Vollziehung der Stipulation nähere Nachforschungen verhüten wollte? Jezt war Flavius gestorben, und konnte nicht mehr vernommen werden. Daher der Triumph, mit dem Cicero ihn durch das Zeugnis des Cluvius überrascht: circumspicit, aestuat, negat nos Cluuii testimonium recitaturos.

Digitized by Google

ferner, daß der Hauptumstand, nämlich der Bezug der vermöge der Repromission dem Roscius zur Hälfte mitzutheilenden 100000 Sest. durch Fannius, nicht vollständig zu beweisen war, ist nicht das hauptsächlichste Gewicht zu legen. Aber die Frage beantwortet sich von selbst dadurch, daß zu Cicero's Zeit die Einrede der Compensation in einem strictum iudicium nicht statt fand, Roscius also, so bald die Klage begründet war, auch bei sofortigem vollen Beweis seiner Gegenforderung, hätte condemnirt werden müssen. Deshalb bestand die Aufgabe des Redners darin, die Begründung der Klage anzugreifen, und als nichtig darzustellen, und dies konnte ihm am besten gelingen, wenn er sich vorerst auf die Vorgeschichte des Processes gar nicht einließ, und dem Gegner mit der bestimmten Frage zu Leibe gieng, wo denn die adnumeratio, die expensilatio, oder die stipulatio sey, ohne welche alle Worte, die er gemacht habe, unnüz seien. Daß er aber im zweiten Theil seiner Rede, wo er die materielle Nichtigkeit des Anspruchs nachzuweisen sich bestrebt, von den beiden Punkten, dem Versprechen des Fannius und dem wirklichen Empfang dessen, was er zur Hälfte herauszugeben versprochen, zulezt noch jenen Gebrauch machte, das ist allerdings sehr wahrscheinlich; und da der Schluß der Rede fehlt (und die Lücke am Ende ist wahrscheinlich beträchtlich größer, als die am Anfang), so sind wir nicht verhindert anzunehmen, daß diese nahe liegende Bemerkung auch in der That von ihm gemacht worden sey.

Digitized by Google

XIII.

Frontinus de controuersiis agrorum, mit seinen Commentatoren Aggenus Vrbicus und Pseudo-Simplicius.

Von Blume.

Die agrimensorische Schrift, deren Berichtigung in der nachfolgenden Abhandlung versucht werden soll, ist durchaus nicht die einzige von unmittelbarem juristischen Interesse, aber sie überbietet alle anderen an kritischen Schwierigkeiten. Nach dem kläglichen Zustande unserer handschriftlichen Hülfmittel scheint es beinahe unmöglich, hier Alles mit einem Male in's Reine zu bringen; so scheue ich mich denn nicht, meine eigenen Arbeiten schon jezt in ihren vorläufigen Resultaten vorzulegen, um mir dadurch den Weg zu fremder Hülfe zu bahnen. Eine vollständige Ausgabe der Agrimensoren — gewiß keine leichte Arbeit — wäre mir ohne die zufällige Gelegenheit, die wichtigsten Handschriften zu vergleichen, und ohne den Reiz, der allem Räthselhaften eigen ist, nie in den Sinn gekommen; fest beschlossen wurde sie erst, nachdem Niebuhr, ganz kurz vor seinem Tode, mich öffentlich darum gemahnt hatte. Möge sie denn, wenn sie dereinst zu Stande kommt, seines Andenkens würdig sein!

Zur Basis unserer Untersuchungen mag der gewöhnliche Text, nach der elenden Rezension von Goesius, dienen; was Handschriften und ältere Ausgaben vor ihm voraus haben, ist wenig erheblich, und könte hier leicht die Uebersicht des Ganzen erschweren.

Digitized by Google

I. Text nach Goesius.

[Goes. pag. 39 med.] DE CONTROVERSIIS.

Materiae controuersiarum sunt duae, finis et locus: harum alterutra continetur, quicquid ex agro *a* de his interuenit. Sed quoniam in his quoque partibus singulæ controuersiæ diuersas habent conditiones, *b* propriæ sunt nominandae. Vt potui ergo comprehendere, genera sunt controuersiarum numero XV.

DE positione terminorum, De rigore, De fine, De loco, De modo, De proprietate, De possessione, De alluuione, De iure territorii, De subseciuis, De locis publicis, De locis relictis et extraclusis, De locis sacris et religiosis, De aqua pluuia arcenda, De itineribus.

[Goes. p. 40] DE positione terminorum controuersia est inter duos plurésue uicinos. Inter duos, an in rigore sit cæterorum *a* siue rationis. Inter plures, trifinium faciat, an quadrifinium. De horum opinione cùm constitit mensori, *æs inspicit.* si secundum pristini temporis possessionem non conueniunt, diuersas attiguis possessoribus faciunt controuersias, sed ab integro alius fortè de loco, alius de fine litigat.

DE rigore controuersia est finitimæ conditionis, quoties inter duos plurésue terminos ordinatos, siue quæ alia signa, secundum legem Mamiliam intra quinque pedes agitur. **

DE fine similis est controuersia, nec dubium est *b* quin supra de finis conditione dixerim. Nam et eadem lege continetur, et de quinque pedum agitur latitudine. Sed *et* de fine *est* quicquid per*tinet ad* flexus quibus arcifinii agri continentur, *c* ut per extrema promontoria, aut summa montium, aut fluminum cursus, aut locorum natura, quam supercilium appellant.

DE loco controuersia est, quicquid excedit supra scriptam latitudinem, cuius modus *d* adpatentem non

---

a F. Litis interu. *b* F. Propterea.
a F. Suæ. *b* F. Quum. *c* F. Vtpote ext. *d* F. Patenter.

Digitized by Google

proponitur. Hæc autem controuersia frequenter in arcifiniis agris uariorum signorum demonstrationibus exercetur, ut fossis, fluminibus, arboribus antemissis, aut culturæ discrimine. **

DE modo controuersia est in agro assignato, agitur enim de antiquorum nominum propria defensione. Vt si L. Titius dextra decumanum tertium, citra cardinem quartum acceperit sortis suae partes tres, siue *e* quod huic simile, quartam habeat in quacunque proxima centuria. Huic enim uniuersitati limes finem non facit, etiamsi publico itineri seruiat. Nam in cæteris agris de modo fit controuersia, quoties promissioni modus non quadrat. **

[Goes. p. 41] DE proprietate controuersia est plerumque ut in Campania, *ubi* cultorum agrorum syluæ absunt in montibus, ultra quartum aut quintum fortè uicinum. Propterea proprietas ad quos fundos pertinere debeat, discutiatur. Est et pascuorum proprietas pertinens ad fundos, sed in commune, propter quod ea compascua multis locis in Italia COMMVNIA appellantur, quibusdam prouinciis PRO INDIVISO .... Nam per hæreditates aut emptiones eius generis controuersiæ fiunt, de quibus iure ordinario litigatur.

DE possessione controuersia est, de qua ad interdictum, hoc est, iure ordinario litigatur.

DE alluuione fit controuersia, fluminum infestatione. hinc fundi multas habent conditiones. **

DE iure territorii controuersia est denique ad ipsam urbem pertinens, *a* siue quòd intra pomerium eius urbis erit, quod à priuatis operibus obtineri non oportebit. Eum dico locum quem nec Ordo ullo iure à publico poterit amouere. Habet autem conditiones duas, unam urbani soli, alteram agrestis. Agrestis, quod in tutelam rei fuerat adsignatum urbanæ: urbani, quod operibus publicis datum fuerat aut destinatum. Huius soli ius, quamuis habita oratione Diuus Augustus de statu municipiorum tractauerit, in proximas urbes peruenire dicitur, *b* quarum ex uoluntate conditoris maxima pars finium coloniæ est adtributa, aliquaue portio mœnium extremæ perticae assignatio-

---

e F. Quid.
a F. Sicut. *b* F. Quum.

Digitized by Google

nis inclusa. Sicut in Piceno fertur, *c* inter montium Præcutianorum quandam oppidi partem Asculanorum fine circundari. [Quòd si ad hæc reuertamur, hoc conciliabulum fuisse fertur, et postea in municipii ius relatum.] Nam non *d* omnia antiqua municipia habent suum priuilegium. Quicquid enim ad coloniæ municipiíue priuilegium pertinet, territorii iuris appellant. Sed si ratio-[Goes. p. 42]nem appellationis huius tractemus, Territorium est *a* quicquid hostis terrendi causa constitutum est.

DE subseciuis controuersia est, quoties aliqua pars centuriæ, siue tota, non est assignata, et possidetur: aut *b* quicquid de extremitate perticæ possessor proximus aliúsue detinebit, *quod* ad subseciuorum *c* controuersiam pertinebit. **

DE locis publicis siue populi Romani siue coloniarum municipiorúmue controuersia est, quoties ea quæ neque assignata, neque uendita fuerint, aliquis possederit, ut alueum fluminis ueterem populi Romani, quem uis aquæ interposita insula, et diuisi proximi possessores finibus reliquerint. *d* aut syluæ quas ad populum Romanum multis locis pertinere ex ueteribus instrumentis cognoscimus, ut ex proximo in Sabinis in monte Mutela. Nam et coloniarum aut municipiorum similis est conditio, quoties loca quæ Reipublicæ data assignata fuerant ab aliis obtinebuntur. ut subseciua concessa.

DE locis relictis et extraclusis controuersia est in agris assignatis. Relicta autem loca sunt, quae siue locorum iniquitate, *e* siue arbitrio conditoris relicta limites non acceperunt. Hæc sunt iuris subseciuorum. Extraclusa loca sunt æquè iuris subseciuorum, quæ ultra limites, et *f* ultra finitimam lineam erunt. Finitima autem linea mensuralis est, quae aut aliqua obseruatione, aut terminorum ordine seruatur. Multis enim locis assignationi agrorum immunitas superfuit sicut in Lusitania finibus Augustinorum.

DE locis sacris et religiosis controuersiæ plurimæ nascuntur, quæ iure ordinario finiuntur, nisi si de

c H Interamnii. F. Interamnatium. *d* F. Omnia municipia habent sua antiqua priuilegia.
a F. quo quid. *b* F. Quum quid. *c* F. conditionem. *d* F. Aut syluas. *e* Al. siue in arbitrium. *f* F. Intra.

Digitized by Google

locorum eorum modo agitur, ut *g* locorum [publicorum] in montibus, aut ædium, quibus secundum instrumentum fines restituuntur. Similiter locorum religiosorum, quibus se-[Goes. p. 43]cundum *a* cautiones modus est restituendus. Habent enim et Mœsiłea iuris sui hortorum modos circumiacentes, aut praescriptum agri finem.

DE aquæ pluuiæ transitu controuersia est, in qua si *b* collectus pluuialis aquæ transuersum secans finem *finem* alterius *c* fundi influit, et disconuenit, ad ius ordinarium pertinebit. Quod si per ordinationem finis ipsius agitur, exigit mensoris interuentum.

DE itineribus controuersia est, quæ in arcifiniis agris iure ordinario finitur, in assignatis, mensurarum ratione. Omnes enim limites secundum legem coloniciam itineri publico seruire debent. Sed multi exigente ratione per cliua et confragosa loca eunt, quà iter fieri non potest, et sunt in usu agrorum eorum locorum. Vbi proximus possessor, cuius fortè sylua limitem detinet, transitum inuerecundè denegat. cùm itineri limitem aut locum limiti debeat. Est et controuersiæ genus quod ad solum non pertinet, de arborum fructibus earum quae in fine sunt, [siue intra] nec ullam ad radicem habent controuersiam, quoties inclinatæ in alterutram partem fructum iactauerint, inter affines mouent disputationem.

[Goes. p. 50.] AGGENI VRBICI COMMENTAR. DE CONTROVERSIIS AGRORVM.

Pars Prior.

Svscepimvs quoque tractandos controuersiarum status cum Diuino præsidio. Materiae, inquit, controversiarvm svnt dvae, finis et locvs. harvm altervtra continetvr. sed qvoniam singvlae controversiae diversis conditionibvs obligantvr, *a* pro-

g F. Lucorum.
a Al. cautionis modum finis est r. *b* Al. collectio. *c* Al. flumen.
a F. propterea.

Digitized by Google

PRIAE NOMINANDAE SVNT. GENERA AVTEM CONTROVERSIARVM, ut ait Frontinus, SVNT NVMERO XV. Sed quia his [Goes. p. 51] generibus species non dedit, et quia secundum regulam dialecticam, neque genus sine specie, neque sine genere species potest dici, omnino dixit impropriè. Nos tamen suum illi idioma relinquentes, ad intelligendas eas atque exponendas, sicut promisimus, transeamus.

DE POSITIONE TERMINORVM CONTROVERSIA EST INTER DVOS PLVRESVE VICINOS. INTER DVOS AN IN RIGORE SIT POSITVS TERMINVS CAETERORVM *a* SIVE RATIONIS: INTER PLVRES, TRIFINIVM FACIAT AN QVADRIFINIVM. Cum ergo possessor inuenerit terminum in possessione sua aliter formatum, aut aliter positum quàm cæteri qui in ea possessione sunt, aut *non* inscriptum ut adsolet, agit de eo in qua sit positus ratione, seu ipse trifinium faciat, siue ab alio lineam procedentem excipiat. Dúmque uicinus possessor huic extiterit ambiguitati contrarius, magna inter utrosque controuersia agitatur. Solent enim hæ controuersiæ de comportionalibus nasci terminis. Nam si de eorum latere linea quasi ex præscripto artificis manu composita uideatur exire, atque in unius termini angulum impingere, qui in limite est positus, IN ISTIS, ut ait Frontinus, VELVT INSTANTIVM ARGVMENTORVM OPPORTVNITAS CONTROVERSIALIS APTATVR. hoc enim plerumque potest in *his* limitibus inueniri. Nam si ueteranus filiis suis unam possessionem diuidens in tres aut quatuor portiones, terminos uoluit interesse, potuit quiddam tale contingere, ut ex multis *b* quicunque respiceret angulum illius termini qui in maximo est limite constitutus. Hos siquidem terminos qui intra possessionum fines inueniuntur, comportionales appellauit antiquitas. QVI SI SECVNDVM PRISTINI TEMPORIS POSSESSIONEM NON CONVENIVNT, DIVERSAS ATTIGVIS POSSESSORIBVS CONTROVERSIAS GENERABVNT. SED ALIVS FORTE DE LOCO ALIVS DE FINE LITIGAT. Videndum hoc diligenti cura, et [Goes. p. 52] circuiri agrum ante omnia oportet, de quo intentio uertitur, et redintegrato suis fundo limitibus, per maximorum limitum rationem, tum de comportionalium termino-

a F. Suæ. *b* F. Qualiscunque.

Digitized by Google

rum positione, quos uice tabellarum antiqui intercidendis portiunculis inter filios suos defigebant, integra ab artifice ratio proferatur.

De rigore atque de fine licet similem posuerit controuersiam, unamque eis conditionem esse firmauerit, tamen credo inter eos aliquid posse differre. Rigor enim naturalis est. qualiscunque enim rigor interuenit constituentibus limites, rarioribus locis terminos posuerunt, et seruari iubetur. RIGOR SI INVENTVS FVERIT DE TRIGINTA PEDVM LATITVDINE, VT NE AB VTROQVE POSSESSORE TANGATVR. QVOD SI PLVS DE XXX. PEDIBVS PATVERIT, IAM COLLIS EST, QVI EXIGIT VT SVPERIOR POSSESSOR IN PLANVM VSQVE DESCENDAT, ET SIBI DEFENDAT OMNEM DEVEXVM LOCVM. Hoc enim lex propter malignitatem inferioris possessoris instituit: ne aut arando, aut fodiendo superioris possessoris terras inuaderet. Termini quoque quibusdam locis positi sunt, ut ab uno ad unum dirigantur, per pedes à CCCXX. et supra, usque ad CCCCLXXX. et infra. hoc si licet. Nam Tiburtini distant à se in pedibus, à CCXL. et supra, usque ad DCLX. et infra. Quòd si spissiores non sunt, riparum et rigorum cursus seruabunt. Harum tamen quæ per multa milia pedum recturas, separationèsue agrorum ab initio suo usque ad occasum custodiunt. Et ne eas ripas aut rigores sequendos obseruarent, quæ intra corpus agri nascuntur, et in suo latere *a* decidunt, lex limitum eas prædamnauit. ne id aliquando sequamini, quod maior potestas limitum recturarumue cursus non confirmat. Sed si conuẽtionis causa eas partes inter se conseruandas censuerunt, non recturæ imputandum, sed concurrenti definitioni fides est adhibenda.

[Goes. p. 53] DE fine enim lex Mamilia quinque aut sex pedum latitudinem præscribit. quoniam hanc latitudinem uel iter ad culturas accedentium occupat, uel circumactus aratri, quod usucapi non potest. Non enim iter quâ ad culturas perueniatur, capitur usu, sed id quod in usu biennio fuit. Finis enim multis documentis seruabitur, terminis et arboribns notatis,

a Al. deciduntur.

Digitized by Google

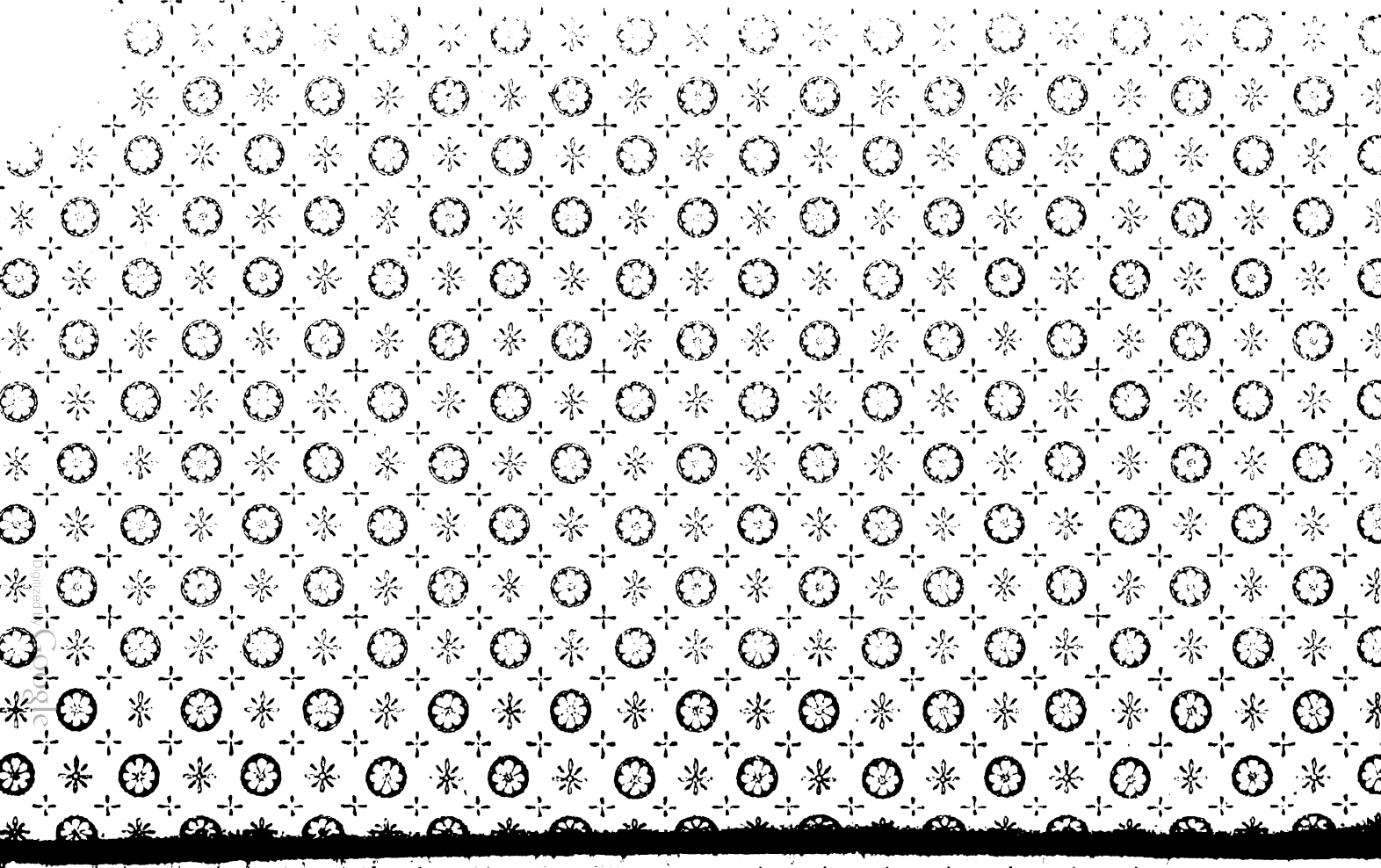
et fossis, et uiis, et riuis, et uepribus et superciliis, et rigoribus sæpe normalibus, et, ut comperi aliquibus locis, inter arua marginibus quibusdam tanquam puluinis: sæpe etiam limitibus. Item petras notatas quæ in finibus sunt, pro terminis habebitis. Si arboribus notatis fines obseruabuntur, uidendum quæ partes arborum notatæ sint. Notæ enim in propriis arboribus [à] foras ponuntur, ut arbores liberas in parte interiore [à] nota relinquat. Si communes sunt arbores, mediæ notantur, et ad utrumque pertinent. Nam si fossa erit finalis, uidendum utrum unius, an utriusque sit partis, et si in extremo fine facta. Itémque utrum publica, an uicinalis. Si iugis montium quæ ex eo nomine accipiuntur, quòd continuatione ipsa iungantur. Hæc autem omnia genera finitionum putato in uno agro posse sine dubio reperiri.

DE loco si agitur, quæ res hanc habet quæstionem, ut nec ad formam, nec ad ullum scripturæ *a* reuertatur exemplum. *b* nisi tantum hunc locum, hinc dico *ab*esse et alter è contrario similiter. Quæ res ex similitudine ferè culturæ comparationem accipit. Id est; si sylua, cuius sit ætatis, pa*rilitatis*, cæsuræ, [et ætas arborum, ut solent relinqui, quas antemissas uocant: et syluarum quoque ætates an sint pares] Si uineæ *c* similes erunt in comparatione; an ordines æquidistantes, an pari constitutione, et an simile genus uitium. Constabit tamen rem magis esse iuris, quàm nostri operis. quoniam ferè usucapiuntur loca quæ biennio [Goes. p. 54] possessa fuerint. Respiciendum erit tamen, quemadmodum solemus uidere quibusdam regionibus particulas quasdam in mediis aliorum agris, num quid simile huic interueniat. quod in agro diuiso accidere non potest, quoniam continuæ possessiones et assignantur, et redduntur. Et si fortè acciderit tale quid, commutatur locus, pro loco, ut continua sit possessio. Ita ut dixi in assignatis fieri non potest. Argumentum itaque prudentiæ est, quam professionis. Præterea solent quidam complurium fundorum continuorum domini duos aut tres agros uni uillæ contribuere, et terminos qui finiebant singulos agros relinquere. Præterea qui contributi sunt uicini *a* non

a F. Referatur. *b* F. Mihi. *c* F. Similiter.
a F. Fundi, cont.

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google